

Le notaire, arbitre naturel des différends ? : Une longue tradition québécoise

David Gilles

Résumé

Le notaire québécois connaît de nos jours une forte diversification de ses activités, son rôle en matière de conciliation des différends est notamment mis de l'avant par la Chambre des notaires. Un tel rôle n'est pas une nouveauté pour le notaire nord-américain. Le débat historique et juridique sur le droit applicable au moment de la Conquête a mis de l'avant en son temps la part prise par les notaires et la pratique arbitrale lors de la « résistance passive » supposée des populations face à l'introduction du système juridique de common law en matière de droit privé. Le recours à la pratique arbitrale et au règlement non juridictionnel des différends par les notaires est en fait un héritage de la pratique de la Nouvelle-France. Les conditions de vie, l'implication des notaires dans leur milieu de vie et d'affaire explique pour partie le recours à ces praticiens du droit du fait des populations. La pratique arbitrale, outil de cette conciliation, s'est imposée naturellement aux protagonistes de cette période, essentiellement en raison de la souplesse des mécanismes et des modes d'exécution de cette pratique en conformité au droit de la métropole.

« Il ne manque pas de gens, dans notre province, qui, pour une raison ou pour une autre, trouvent que le notariat est une profession inutile ou onéreuse au public et rêvent de la supprimer. Voyez donc, disent-ils, ce qui se passe dans les autres provinces et aux États-Unis. Il n'y a qu'au Québec, province arriérée, où l'on conserve et persiste à maintenir cette institution surannée. Marchons donc avec le progrès »¹. Ce jugement – fort sévère sur la profession – rapporté en 1900 par le notaire Joseph Edmond Roy n'a fort heureusement pas connu au regard de l'histoire la force d'une divination de la pythie. De nos jours, le notaire québécois moderne connaît une forte diversification de ses activités, constituant l'interlocuteur naturel de ses clients lorsqu'ils se trouvent confrontés à des questions juridiques, ce qui ne va pas sans interrogation identitaire professionnelle². Si le notaire devient par exemple de plus en plus un fiscaliste, il s'affirme également comme un acteur crucial de la proximité juridique, étant amené à jouer un rôle primordial en matière de médiation et d'arbitrage. C'est d'ailleurs de cette manière que se présente de plus en plus le notaire soucieux du développement de sa clientèle et de ses activités. Comme l'indiquent plusieurs documents informant le public sur la profession, de plus en plus de notaires sont en mesure d'offrir cette façon différente d'arriver à une entente en agissant comme médiateurs afin de faciliter la recherche de solution, tant en matière civile que commerciale. La médiation est une démarche souple, flexible et établie sur une base volontaire, nécessitant la collaboration et la bonne foi des personnes concernées³. Le médiateur se doit d'être neutre et impartial, s'abstenant de donner des conseils ou des opinions juridiques sur l'objet

1. Joseph-Edmond Roy, « De la suppression du notariat » (1900) 3 R. du N. 131 cité par Alain Roy, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise identité professionnelle » (2004) 106 R. du N. 1 à la p. 4.
2. *Id.* à la p. 5 ; Julien S. Mackay, « Définition du notariat – Rapport de recherche. Note de présentation » (1996) 98 R. du N. 517.
3. Ces dernières doivent donc accepter de recourir à la médiation avec l'objectif d'en arriver à une entente viable qui règle le litige à leur satisfaction. Cette technique vise à rétablir la communication, donc à recréer de saines relations entre les parties et se trouve être le gage bien souvent d'une entente dans le futur, afin de même permettre d'éviter des conflits ultérieurs. Le notaire médiateur propose alors aux personnes sollicitant son concours de signer une convention de médiation où sont clairement définis le rôle du médiateur et celui des parties, le déroulement de la médiation, son caractère confidentiel et les coûts rattachés à celle-ci.

du différend, ce qui peut parfois poser des difficultés dans le cas du médiateur notaire⁴. En effet, même s'il est officier public, le notaire peut être amené à intervenir dans toute une série de situations où il agit comme conseiller juridique au profit d'un client⁵.

L'arbitrage civil et commercial constitue quant à lui un autre outil permettant de mettre fin rapidement à un litige de manière aisée⁶. L'arbitrage et la médiation sont de nos jours des modes de résolution des différends reconnus par le *Code civil du Québec* et s'avèrent une voie efficace pour régler les différends fort divers. Dans ces deux réalités, le notaire peut jouer un rôle prédominant, même si ses fonctions ne sont pas les mêmes, et les avantages de ces techniques sont essentielle-

4. Voir sur ces questions relatives à l'activité des notaires modernes, David Gilles et Edith Guilhermont, « Le notaire médiateur au Québec » dans *Revue du Notariat*, à paraître en 2011.
5. L'observation faite par Alain Roy à propos de la conciliation des rôles de conseiller et de rédacteur du notaire québécois pourrait facilement valoir pour ce rôle subsidiaire de médiateur qui met lui aussi en jeu l'impartialité : « Comment le notaire peut-il agir à titre de conseiller juridique au profit d'un client et, quelques jours plus tard, recevoir en qualité d'officier public impartial un contrat dans lequel comparait ce même client ? Aux yeux des plus orthodoxes, une telle dualité ne peut que fragiliser l'impartialité du notaire québécois ». Alain Roy pointe avec précision la source du problème d'impartialité auquel est confronté le notaire, sans que la médiation soit visée ici spécifiquement. Après avoir rappelé que le notaire évolue au sein d'une profession dite libérale et qu'il peut à ce titre légitimement se constituer une clientèle régulière qui lui donnera éventuellement l'occasion de tisser des liens particuliers avec certaines personnes, Alain Roy explique que c'est l'intensité de ces liens qui peut véritablement poser problème et précise à cet égard, « [L]'atteinte à l'impartialité ne relève pas, stricto sensu, du rôle assumé par le notaire auprès d'un client, mais de l'intensité des rapports économiques ou professionnels qui les unissent » ; Alain Roy, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle ? » (2004) 106 R. du. N. 1 aux pp. 20-22. Il exprime ici parfaitement les possibles difficultés que rencontrent les notaires québécois, sans en avoir nécessairement conscience : « Pourrait-il [le notaire] d'un même cœur et avec une même conscience passer d'une situation de champion de son client qui a confiance en lui (le propriétaire de l'ensemble à lotir, le promoteur immobilier, le vendeur), et qu'il a tout intérêt à ménager, à celle de conciliateur impartial des deux parties ? À supposer même qu'il puisse le faire en raison d'une exceptionnelle qualité d'âme, ne faut-il pas craindre que la nouvelle partie, ne partageant pas cette croyance _angélique_ en son désintéressement, perde confiance en ce médiateur dont les intérêts lui paraissent trop liés à ceux de l'autre partie ? », voir Léon Raucent, « Contribution à la déontologie notariale » (1991) 117 *Revue du Notariat belge* 377, 380 cité par Alain Roy à la p. 22.
6. Il peut prendre naissance soit suite à une clause compromissoire soit les parties à un litige pourront demander à un notaire de préparer une convention d'arbitrage en vertu de laquelle leur différend sera soumis à l'arbitrage selon les termes et la procédure dont ils conviendront alors. La sentence arbitrale est finale et sans appel. Les parties ont l'obligation de s'y conformer, à défaut de quoi l'une ou l'autre sera habilitée à s'adresser aux tribunaux pour en demander l'homologation. Il s'agit, sauf pour les quelques cas d'arbitrage imposés par la loi, d'un recours volontaire.

ment le coût et les délais. Ces éléments sont bien connus de la profession notariale et du monde juridique, comme est reconnu le rôle moteur qu'ont joué les juridictions québécoises, et notamment la Cour d'appel du Québec et Madame la juge Louise Otis, dans le développement de ces techniques dans les dernières vingt années. On connaît l'engouement pour les moyens de prévention et de règlement des différends (PRD, MARC ou ADR en anglais) dans les dernières années. Le juge est de plus en plus « invité » à faire appel à ces techniques, en amont du contentieux ou dans le cadre de celui-ci⁷. Le *Code de procédure civile* témoigne désormais largement de cette évolution et de l'intégration de ces techniques au processus contentieux. Le rôle qui doit être joué par les notaires dans ce développement, si l'on en croit la Chambre des notaires, est crucial, même si nous serons amenés à faire la part du feu entre les volontés de la profession et la réalité de la pratique en conclusion.

Toutefois, ce qui est bien moins connu, c'est l'antériorité historique de cette pratique et l'implication des notaires québécois dans les modes alternatifs de résolution des différends dans les premiers temps de leur existence. Si plusieurs publications d'importance, notamment les travaux d'André Vachon ou ceux de MacKay⁸, ont permis de mieux connaître la profession des notaires québécois dans une perspective historique, leur rôle de médiateur ou d'arbitre est souvent oublié par les juristes⁹. Une invitation était ainsi lancée afin d'éclairer cette activité

7. La littérature juridique est abondante sur la question, surtout au Québec ; voir notamment Louise Lalonde, « Valeurs de la justice négociée et processus de médiation » dans Vincente Fortier (dir.), *Le juge, gardien des valeurs*, Paris, CNRS Éditions, 2007 aux pp. 184-198 ; « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions ? » dans André Riendeau (dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 aux pp. 23-36 ; « Les modes de PRD, vers une nouvelle conception de la justice » (2003) 1(2) R.P.R.D. 17-43 ; « La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème » (2005) 3(1) R.P.R.D. 25-50 ; Jean-François Roberge, « Comment expliquer la diversité de la médiation judiciaire au Canada ? » (2007) 5(3) R.P.R.D. 1-32 ; « Rendre justice en médiation judiciaire. Peut-on améliorer le système judiciaire ? » dans Vincente Fortier (dir.), *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*. Montpellier, Éditions CNRS, 2008 ; Jean Poitras, « Qu'est-ce qui fait que les gens collaborent durant une médiation ? » (2006) 4(1) R.P.R.D. 1-24.

8. Julien S. MacKay « La profession de notaire au Québec » (2003) 8(3) Histoire Québec 11-14.

9. À l'exception notamment des travaux de Jean-Philippe Garneau, « Droit et « affaires de famille » sur la Côte de Beaupré. Histoire d'une rencontre en amont et en aval de la Conquête » (2000) 34(2) R.J.T. 515-561 et de Donald Fyson, « Judicial Auxiliaries across Legal Regimes : from New France to Lower Canada » dans Claire Dolan (dir.), *Entre justice et justiciables : les auxiliaires de la justice du moyen âge au XX^e siècle*,

notariale méconnue historiquement tant en métropole¹⁰ qu'au Québec¹¹, incitant à aborder l'arbitrage à travers les greffes des notaires,

Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2005 aux pp. 383-384. Sur le contexte postérieur à la Conquête, voir Donald Fyson, « Les dynamiques politiques locales et la justice au Québec entre la Conquête et les Rébellions », (2007) 16-1 *Bulletin d'histoire politique* 337-346 ; « The Canadiens and British Institutions of Local Governance in Quebec, from the Conquest to the Rebellions », Nancy Christie (dir.), *Transatlantic Subjects : Ideas, Institutions and Identities in Post-Revolutionary British North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008 aux pp. 45-82 ; « Domination et adaptation : les élites européennes au Québec, 1760-1841 », Claire Laux et al. (dir.), *Au Sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVI^e-XX^e siècle)*, Berne, Peter Lang, 2009 aux pp. 167-196. Pour un aperçu de l'activité professionnelle des notaires en Nouvelle-France, voir E.C. Common, « The Role of the Notary in the Province of Quebec » (1958) XXXVI *Canadian Bar Review* 333-350 ; « Les notaires au Canada sous le régime français » (1921-1922) R.A.P.Q. 1-58 ; André Vachon, « Inventaire critique des notaires royaux des gouvernements de Québec, Montréal et Trois-Rivières (1663-1764) » (1955) 9(3) R.H.A.F. 423 et (1956) 10(1) R.H.A.F. 93 ; André Vachon, *Histoire du notariat canadien 1621-1960*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1962 ; Jean-Paul Poisson, « Présentation du notariat franco-canadien » (1983) 34 *Le Gnomon : revue internationale d'Histoire du notariat* 5 ; Louis Lavallée, « La vie et la pratique d'un notaire rural sous le régime français : Le cas de Guillaume Barette, notaire à La Prairie entre 1709-1744 » (1994) 47(4) R.H.A.F. 499-519 ; Dominique Boily, *Les notaires de l'île de Montréal et la pratique des contrats de mariage, 1700-1740*, mémoire de maîtrise dactyl. (M.A.), Université de Montréal (histoire), 1999 ; Michel Duquet, *L'infrajudiciaire et les notaires de Québec, 1650-1784*, Thèse de Ph.D. (histoire), Université d'Ottawa, 2008 ; Hélène Lafortune, et Robert Normand, *Le notaire et la vie quotidienne : des origines à 1870*, Québec, Ministère des Affaires Culturelles, 1986 ; Christine Veilleux, *Les gens de justice à Québec, 1760-1867*, Thèse de Ph.D. (dactyl.) (histoire), Université Laval, 1990 ; Michel Guénette, *Les notaires de Laprairie, 1760-1850. Étude socio-économique*, Mémoire de Maîtrise (dactyl.) (histoire), Université de Montréal, 1992 ; Michel Guénette, « Un portrait de l'activité notariale à Laprairie de 1760 à 1850 » (1993) *La Revue du notariat*, vol. 95, nos 7-8 : 434-457 et nos 5-6 : 314-336.

10. Pour un aperçu de la pratique arbitrale en métropole, voir Alfred Soman, « L'infra-justice à Paris d'après les archives notariales » (1982) 3 *Histoire, économie, société* 369 ; Jeremy Hayhoe, « L'arbitre, intermédiaire de justice en Bourgogne vers la fin du XVIII^e siècle » dans Claire Dolan (dir.), *Entre justice et justiciables : les auxiliaires de la justice du moyen âge au XX^e siècle*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la p. 621 ; Jérôme Ferrand, « *Sur les différends pendants par devant la cour de parlement...Approche herméneutique de l'arbitrage moderne à partir des sources dauphinoises* », (2007) 85(1) R.H.D.F.E. 24.
11. Il est difficile de rendre compte de la pratique arbitrale dans son ensemble avant la Conquête. Celle-ci, comme nous l'avons montré dans une recherche à paraître prochainement, se partage entre les juridictions seigneuriales subsistantes ; l'activité de l'intendant en tant que juridiction et amiable compositeur ; mais également celle des juridictions pouvant renvoyer à l'arbitrage occasionnellement et, *in fine*, l'arbitrage volontaire sans acte notarié laissant peu ou pas de trace ; voir D. Gilles, A. Decroix et M. Morin, *Arbitrage et administration de la Justice avant et après la Conquête*, Montréal, Thémis, à paraître en 2011 [ci après « Arbitrage et administration »].

outil précieux permettant de connaître en détail l'activité des professionnels de l'époque¹².

La base de données *Parchemin*, qui recense l'ensemble des fonds notariés de l'époque de la Nouvelle-France jusqu'en 1784, recense trois cent quatre-vingt documents renvoyant à des actes d'arbitrages (procès-verbaux d'arbitrage, sentences arbitrales, acte arbitral)¹³ sur la période de 1626 à 1784. Ce faible nombre s'explique en raison du fait que peu d'arbitrages revêtent un caractère officiel et juridiquement constaté. Ce n'est donc bien évidemment qu'une facette de ce phénomène qui peut être appréhendée par le biais des études de notaire¹⁴. De 1740 à 1760, période cible de cette étude, trente et un actes notariés concernant un arbitrage sont saisis par les notaires de la Nouvelle-France.

12. Il faut toutefois souligner que le recours au terme « arbitrage » pour cette période ne correspond pas aux canons de la terminologie moderne, les distinctions entre médiation, arbitrage, conciliation et expertise étant largement caduques pour ce contexte. Pour une étude sur la pratique de l'arbitrage conventionnel dans le contexte québécois, et l'utilisation des différents termes, voir Louis Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel » (1993) 45(3) R.I.D.C. 577. On trouve dans les actes notariés les formules « sentence arbitrale », « compromis arbitral », « arbitrage », « convention », « arbitration », seules les trois premières formules ont permis de constituer ce corpus ; voir John A. Dickinson, « Les actes notariés et la recherche historique » (1989) 69 Le Gnomon 8.
13. Malheureusement, il faut être conscient que ces termes ne sont pas les seuls à pouvoir rendre compte de la pratique arbitrale ou de l'amicable composition. Toutefois, deux choix s'ouvriraient à nous : soit se baser sur les inventaires publiés des notaires, et procéder alors par sondage, aucune étude exhaustive ne pouvant être menée, soit se servir des outils modernes, tels que la base de données *Parchemin*, afin d'obtenir un spectre plus large, constant sur la période de la Conquête, mais également tributaire des « défauts » de cet outil. En effet, à travers cette base, il n'est pas possible de distinguer entre les transactions qui visent un transfert de biens par exemple, et les transactions qui expriment le fait de transiger, c'est-à-dire un accommodement entre deux parties. Les personnes qui ont constitué cette base n'ont pas poussé la distinction juridique des actes, visiblement davantage intéressées par les questions de généalogie et de sociologie. Ainsi, ne pouvant faire la part des choses entre actes transitoires et transactions arbitrales, et pour les mêmes raisons entre un accord sur une convention et un accord mettant un terme à un différend, nous avons été contraints d'écarter les termes « transactions » et « accords » en étant conscients qu'alors une partie de la pratique arbitrale notariée nous échappe. Afin d'y pallier, nous nous sommes servis, pour des périodes antérieures, d'inventaires publiés, comme celui du notaire Mague, et pour notre période, de certains sondages dans les fonds des notaires ayant le plus instrumenté, sans passer alors par l'interface de la base de données.
14. Les 240 actes d'arbitrages rédigés et enregistrés dans les fonds notariés de 1740 à 1784 témoignent immédiatement d'un déséquilibre dans la répartition des actes d'arbitrage, ce qui laisse penser à une transformation de la pratique ; David Gilles « L'arbitrage notarié, instrument idoine de conciliation des traditions juridiques après la Conquête britannique (1760-1784) ? » (2011) 57 R.D. McGill, à paraître.

Officiant depuis Détroit jusqu'à l'Acadie, les notaires de la Nouvelle-France assurent bien souvent les charges de tabellion de la communauté, mais aussi d'arpenteur et d'avocat, cette dernière profession n'étant pas reconnue par le Conseil Supérieur de la Nouvelle-France. Durant ces périodes, le notaire personnifie le lien privilégié entre les habitants et le droit. Les notaires, aux côtés des capitaines de milice et des prêtres, constituent les premiers notables ruraux et urbains dans l'immense territoire qu'est la Nouvelle-France du XVIII^e siècle. Eux seuls possèdent une certaine connaissance du droit au sein de communautés parfois très isolées. Deux catégories de notaires existent dans la colonie depuis 1663 : les notaires royaux et les notaires seigneuriaux. Les premiers, nommés par l'intendant, ont juridiction en principe dans toute l'étendue du gouvernement (Québec, Montréal, Trois-Rivières) où ils résident alors que les seconds, devenus nécessaires à cause de l'augmentation des censitaires dans les seigneuries, sont nommés par les seigneurs et ne peuvent professer qu'à l'intérieur des limites de la seigneurie pour laquelle ils ont reçu une commission. Toutefois, l'intendant va bien souvent confier dans un premier temps une commission royale restreinte à un notaire rentrant dans ses fonctions avant d'étendre celles-ci à l'ensemble du gouvernement.

À l'exception des limites territoriales, leurs fonctions et leurs attributions ne diffèrent pas, étant pourvus d'une autorité à peu près équivalente. Dans le monde urbain, le notariat représente le guide privilégié pour les commerçants et le garant des transactions et des actes qui touchent au cœur des familles. Ce double rôle d'homme de loi et de notable en fait un acteur idoine de ces questions. Si le prêtre est choisi à titre d'arbitre naturel de la morale, le notaire incarne celui des questions juridiques et l'équité dans le monde du commerce ou de la famille. Dans ce cadre, si le rôle principal du notaire n'est pas d'agir comme médiateur, cette fonction est toutefois présente de manière importante pour certains d'entre eux. Afin de déterminer les lignes forces de cette pratique, ses motivations, ses acteurs et ses conséquences sur le droit tel qu'appliqué en Nouvelle-France, il est nécessaire d'esquisser le groupe professionnel au sein duquel se développe la pratique arbitrale avant de caractériser les implications de l'arbitrage sur la société de la Nouvelle-France et le droit.

I. LES NOTAIRES, UN GROUPE PROFESSIONNEL AU CŒUR DE LA LOGIQUE DE RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS

Par ses caractéristiques professionnelles, par son statut particulier et sa responsabilisation précoce (A), le notariat constituait naturellement une institution ayant une forte notabilité, apte à assurer la confiance

nécessaire à toute médiation ou arbitrage (B). Assurant toute une série d'activités juridiques, certains notaires insèrent dans leur pratique une forte activité arbitrale, en sus de fonctions fort diverses (C).

A. La genèse d'un corps notarial

Dans une vision simplifiée, la fonction notariale consiste depuis sa création à mettre par écrit les conventions conclues par des individus vivant en société. Ainsi réduite, on découvre les traits de la profession notariale dès la plus haute Antiquité¹⁵, investie d'ores et déjà d'un certain caractère public. Au moment de la redécouverte du droit romain, les notaires commencèrent à agir comme délégués des pouvoirs publics dans le système juridique de l'ancien droit français, la profession restant essentiellement confinée dans le Midi de la France, avant de s'étendre peu à peu au Nord. Par la suite, l'autorité royale va peser et encadrer l'évolution de l'institution en métropole¹⁶ mais également dans les colonies. Dans cette logique, le pouvoir colonial favorise l'implantation des notaires à l'échelle de la colonie et promeut un contrôle efficace des actes de ces derniers, notamment à partir des années 1720-1730.

Le droit romain sanctionnait surtout, par une responsabilité pénale, les tabellions qui rédigeaient des actes défendus par les lois ou qui avaient commis, dans l'exercice de leur profession, des délits caracté-

15. En droit romain, on trouve de nombreuses catégories de scribes dont certaines présentent des caractéristiques des fonctions notariales. On exigeait des candidats des garanties sérieuses de science et de probité. Leur intervention permettait aux particuliers de se procurer la preuve écrite de leurs conventions mais ne conférait pas encore l'authenticité. Les *tabularii* avaient seuls compétence pour recevoir certains actes ; les *notarii* avaient des fonctions analogues à nos greffiers, exerçant surtout auprès de certains personnages publics, magistrats ou fonctionnaires de l'ordre administratif ; les *tabelliones* présentent le « plus d'analogies réelles et profondes avec notre corporation notariale », voir l'historique retracé par Clément Doumenge, *Étude sur les origines de la théorie de la responsabilité civile des notaires et sur son développement dans l'Ancien droit français*, Montpellier, 1911, chap. prélim., pp. 15-31 ; voir également Alain Moreau, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, Paris, Économica, 1999 aux pp. 31 et s.

16. Par exemple, une Ordonnance de Philippe le Bel, du 9 novembre 1291, qui voulut se réserver le droit exclusif de nommer les notaires et tabellions dans tout le royaume. D'après l'usage, ce droit revenait à toute autorité ayant un droit de juridiction, donc à l'Église ou aux seigneurs. Évêques et seigneurs lésés contestèrent si fort que le roi fut obligé de revenir en arrière dans une Ordonnance du 23 mars 1302. Ou encore, une Ordonnance de 1304, appelée « le premier Code du notariat » réglait notamment les conditions d'admission, la délivrance des expéditions, la rédaction des actes... C'est toutefois l'édit de mai 1597 qui pose les bases de la profession notariale telle qu'elle sera introduite dans le contexte de la Nouvelle-France.

risés¹⁷. Les ordonnances royales ont toutefois admis, dès le début du XIV^e siècle, le principe de la responsabilité civile du notaire¹⁸. Jusqu'à la fin du XVI^e siècle, celui-ci pouvait être reconnu responsable pour toutes les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer entre le dol, la faute lourde ou la faute simple¹⁹.

La logique qui gouverne la législation est alors essentiellement une logique procédurale, visant la garantie de la preuve écrite. L'ordonnance de 1539 oblige les notaires à tenir un registre et à « l'exhiber quand besoin sera »²⁰. Concernant les formalités substantielles, au début du XVII^e siècle, le notaire bénéficia d'un régime de faveur : en cas d'omission, il était déclaré irresponsable²¹. Les règles relatives à la déontologie sont toutefois au XVIII^e siècle moins strictes que celles issues des textes germaniques encore rappelées par Bouchel au XVII^e siècle, prévoyant que « notaire falsifiant un contrat le pouce droit lui doit

17. Il existait un large panel de sanctions diverses et sévères telles la peine de mort, la confiscation générale de ses biens, la privation d'office, l'exclusion du forum, des amendes..., voir les articles du Code de Justinien cités par C. Doumenge, *supra* note 15 aux pp. 34 et s.

18. Voir l'article 26 de l'ordonnance de juillet 1304 ; un édit de 1437 impose aux notaires de tenir un registre des actes reçus sous peine de dédommagement de la partie qui en subirait un préjudice. Ce texte ne laisse donc aucun doute sur l'introduction dans le droit des ordonnances du principe de la responsabilité civile des notaires, v. *id.* aux pp. 80 et s.

19. Dans la logique d'Ancien Régime, on distinguait les rôles respectifs du notaire et des parties dans la réalisation des actes. Ces dernières devaient participer activement en veillant à la régularité et à la validité de l'opération. Ainsi, l'acte était-il entaché d'une nullité tenant au fond du droit (relatif notamment aux coutumes), alors on considérait que les parties étaient elles-mêmes en faute, sauf dol (et faute lourde assimilée au dol) pour lesquels on retenait la responsabilité de l'officier public ; *id.* à la p. 82. Au contraire, si la nullité découlait de l'inobservation des règles imposées au professionnel par les ordonnances, l'officier public était, dans tous les cas responsable, même en l'absence de dol. En résumé, on peut dire qu'à cette époque, « c'est aux parties de former une convention valable, c'est au notaire de lui donner une expression convenable » ; Claude Drouart, *De la Responsabilité des notaires, avec une étude sur la loi Aquilia*, Faculté de droit de Rennes, thèse pour le doctorat, 1879 à la p. 46.

20. Laurens Bouchel, *La bibliothèque ou trésor du droit françois*, Paris, veuve Guillemot et S. Thiboult, 1615, 2 vol., tome 2 à la p. 290. La jurisprudence et le Parlement de Paris ont toutefois établis dans un arrêt du 21 février 1558 que les notaires « seront tenus d'exhiber seulement leurs registres, sans qu'ils soient tenus de garder les mémoires ou brouillards sur lesquels ils ont fait ledit registre » ; *id.* à la p. 290.

21. Comme le souligne Marie Willman, cette indulgence s'explique « par des facteurs historiques et juridiques : alors qu'on dénombrait un trop grand nombre d'abus à l'encontre des notaires, l'appui d'une certaine culture juridique et d'une honnêteté professionnelle incita la nouvelle doctrine à restreindre leur responsabilité ». Voir Marie Willman, *La responsabilité des auxiliaires de justice. Avocats, huissiers de justice, notaires*, thèse droit (dactyl.), Université de la Rochelle, 2005 à la p. 13.

être coupé »²². Les règles relatives à la régularité des actes notariés sont appliquées en Nouvelle-France comme en France, notamment à la suite de l'enquête de Guillaume Verrier qui renforcera la rigueur en ces matières²³. Si, en métropole, la fin des différents dédoublements entre les fonctions notariales²⁴ permet de constituer une corporation puissante et respectée à partir du XVII^e siècle²⁵, il faut bien constater que la logique notariale et les contingences locales en Nouvelle-France ne permirent pas à la profession de se constituer solidement durant le régime français. Toutefois, en raison même de ces conditions particulières, la profession fut amenée, si ce n'est à inventer des solutions juridiques originales, du moins à accentuer des pratiques singulières vis-à-vis de la pratique métropolitaine, comme l'arbitrage.

Dans le contexte métropolitain, l'arbitrage volontaire, en dépit des avantages qu'il semble recéler, demeure une pratique marginale et est essentiellement utilisé afin de régler les contentieux familiaux. Nous nous sommes arrêtés à la période 1740-1760 pour cette étude, la période postérieure faisant l'objet d'une analyse spécifique²⁶. En Nouvelle-France, les notaires, pour ceux dont les fonds font état de cette réalité arbitrale, enregistrent une moyenne d'un acte et demi relatif à l'arbitrage par an durant la période de 1740 à 1760. Cette activité se révèle alors quasiment anecdotique pour ces derniers. Les travaux d'André Vachon ont largement éclairé la pratique notariale et souligné notamment ses difficultés face aux faibles revenus engendrés par cette activité. Il résulterait des nombreuses fonctions et occupations des notaires certaines erreurs ou négligences dans la pratique, essentiellement avant 1733²⁷. À ces difficultés, il faut ajouter le fait que la faible croissance démogra-

22. Leg. Rip. Tit. 61, §4, voir L. Bouchel, *supra* note 20 à la p. 291.

23. Sur l'action des administrateurs coloniaux vis-à-vis des notaires de Nouvelle-France, voir D. Gilles, « Les acteurs de la norme coloniale face au droit métropolitain : de l'adaptation à l'appropriation (Canada XVII^e-XVIII^e s.) », *Clio@Thémis*, 2011, <www.cliothemis.com>.

24. L'article 32 de l'ordonnance de Charles VIII de 1490 prévoit que les « notaires ne seront reçus avocat sinon qu'ils aient étudié en université fameuse par l'espace de cinq ans », voir *id.* à la p. 290.

25. Et cela même si J. de Poulpiquet souligne qu'à partir du XVI^e siècle, le rôle assumé par les notaires connut une période de déclin, aux causes multiples « parmi lesquelles il faut citer les édits créant l'hérédité et la vénalité des offices, continua jusqu'à la Révolution. L'Assemblée constituante mit fin à cette régression en réorganisant la profession tout en accentuant le rôle des notaires », Jeanne de Poulpiquet, « *Notaire, fonction et responsabilité* », *Juris-Classeur civil*, 1999, art. 1382 à 1386, fasc. 420-10, n^o 5.

26. Voir D. Gilles, « Le notaire médiateur, conciliateur des traditions juridiques (1760-1785) », *supra* note 14.

27. André Vachon, *Histoire du notariat canadien, 1621-1960*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1962 à la p. 47.

phique au XVII^e siècle n'a pas permis un véritable développement de la profession. Comme l'indique cet auteur, « dépourvu d'honneurs et mal rémunéré, le notaire de la Nouvelle-France devait vivre d'expédients et n'avait guère de prestige et d'influence »²⁸. Parmi ces expédients, le rôle d'arbitre et l'instrumentation d'arbitrages ou de transactions figuraient dans une catégorie à part, liés à la fonction notariale mais en même temps contingents de la volonté des parties et de la réputation ou de l'influence de chaque notaire dans sa communauté. En raison de ce faible corpus, il convient d'établir partiellement la réalité de l'arbitrage avant cette époque. À cette fin, nous avons choisi d'analyser le greffe du notaire Claude Maugue²⁹. Nous avons étudié deux périodes dans l'inventaire de son greffe³⁰ : la période de 1677 à 1683 et celle de 1694 à 1696, date à laquelle il cessa d'instrumenter.

Bien évidemment, les résultats de cette analyse ne peuvent être projetés sur l'ensemble de la pratique notariale de la fin du XVII^e siècle, mais rendent compte de la réalité individuelle d'un notaire urbain à cette date. Concernant la première période, trente-neuf actes relatifs à l'amiable composition et à l'arbitrage ont été recensés. Il est nécessaire de souligner immédiatement que ce nombre est important notamment en raison de nombreuses « transactions » visant à mettre un terme à des différends. Le terme « arbitrage » apparaît peu. De plus, le volume d'actes de ce greffe s'avère important, soit neuf cent quarante-cinq actes. Ramené en pourcentage, le rapport reste modeste, soit environ 4 %. Curieusement, concernant la seconde période, les actes relatifs à l'amiable composition disparaissent presque entièrement. Ils sont au nombre de deux, faisant tomber la proportion à moins de 1 %. Concernant la première période, c'est la diversité terminologique des actes relatifs à l'amiable composition qui doit être soulignée. Ainsi figurent principalement des transactions, afin de clore les différends, mais également des sentences d'arbitrage, des compromis pour régler à l'amiable³¹, des consentements d'arbitres, des comptes pour régler à l'amiable³², des

28. *Id.* à la p. 51.

29. À l'instar d'autres notaires après lui, il exerça d'abord la profession de maître d'école à Beauport, avant d'être nommé par le gouverneur Frontenac pour la juridiction de la Côte de Lauzon le 9 décembre 1673. Il s'installa ensuite à Montréal en 1677 où il exerça à titre de notaire jusqu'en 1696 et devint greffier de la juridiction de Ville-Marie jusqu'en 1684.

30. Voir Antoine Roy, *Inventaire des Greffes des Notaires du Régime français*, Québec, Archives de la Province de Québec, vol. IX, 1947.

31. « Compromis entre Guillaume Lefebvre et Martin Macé pour régler à l'amiable certains différends et procès survenus entre eux (5 février 1682) », *id.* à la p. 77.

32. « Compte entre Antoine Brunet dit Belhumeur et Pierre Devancky pour régler à l'amiable certains différends survenus entre eux (4 novembre 1681) », *id.* à la p. 72.

rapports d'arbitres³³, etc. On qualifie l'acte de transaction entre François Bailly et Pierre Canazié, tous deux procureurs respectivement de Jean Auger dit Baron et de Jean Berthin dit Tintamarre, « afin de terminer les différends survenus entre eux »³⁴. Des rapports d'experts³⁵ figurent également au sein de ce fonds. De même, des transactions visant généralement à terminer les différends, à régler des successions, voire des procurations afin de transiger avec une partie avec laquelle un différend existe peuplent ces registres³⁶, etc.

Ces transactions interviennent parfois suite à un contentieux judiciaire³⁷, comme c'est le cas par exemple le 30 mai 1680 à travers la transaction entre Jacques et Gabriel Cardinal, fait par procuration, « au sujet de certains différends survenus et pour lesquels il y a eu instance criminelle devant le bailli de Montréal »³⁸. Les deux frères, emprisonnés au bailliage de Montréal, demanderont d'ailleurs le lendemain à leur mère de faire instrumenter par le même notaire une requête demandant leur libération³⁹. À d'autres occasions, Maugue a instrumenté une transaction visant à éviter le procès, à l'instar d'une transaction intervenue entre Jean Boudor et Michel Chaudron à la suite d'une blessure subie par Chaudron⁴⁰. L'objectif d'une telle transaction hors cour, serions-nous tenté de dire, est de « discontinuer les poursuites d'un certain procès survenu entre eux »⁴¹ ou visant « certains excès commis et du procès qui

33. « Rapports d'arbitres de la terre du défunt Nicolas Millet (29 décembre 1681) », *id.* à la p. 75.

34. Banque et Archives Nationales du Québec à Montréal (ci-après BANQM), 12 mars 1680, MFILM, Cl. Maugue (Mtl).

35. « Rapport des experts qui ont fait l'estimation d'une maison brûlée appartenant à Jean Migeon de Branssat (15 avril 1680) », A. Roy, *supra* note 30 à la p. 40.

36. « Procuration de Jacques Beauvais dit St Jème à Alexandre Turpin pour transiger avec Nicolas Chaput pour terminer certains différends survenus entre eux (20 mai 1682) », *id.* à la p. 81.

37. Ainsi le compromis et la transaction entre Jean Roy dit Lapensée et Urbain Tessier, pour terminer un certain procès intenté par le dit Roy contre Jean Tessier, fils d'Urbain Tessier, 3 août 1681, *id.* à la p. 65.

38. *Id.* à la p. 42.

39. Requête par Michel Garnier faisant pour et au nom de Jacques et Gabriel Cardinal, ses enfants ; BANQM 31 mai 1680, MFILM, Cl. Maugue, (Mtl).

40. Transaction entre Thierry de Lettre dit Levallon et Jacques Dubois, marchand bourgeois de la ville de Quebec, faisant pour et au nom de Michel Chaudron, tailleur d'habits, et le sieur Frérot, notaire royal aussi procureur dudit Chaudron et Joseph Petitbruno, marchand, faisant pour et au nom de Jean Boudor ; BANQM 3 août 1680, MFILM, Cl. Maugue (Mtl).

41. C'est l'expression utilisée dans une transaction entre Jean Martinet de Fonblanche et Roberte Gadois sa belle-mère d'une part et d'autre part Nicolas Chaput et Jacques et Raphael Beauvais, le 30 août 1680 ; A. Roy, *supra* note 30 à la p. 66.

a suivi »⁴². On découvre également l'expression la plus pure d'amiable composition, c'est-à-dire un accord et un compromis afin de terminer à l'amiable les différends que les parties ont eus ensemble sur un sujet. Il en fut ainsi à propos d'une habitation entre Abraham Bouat et Jean Les-carbeau le 11 août 1680⁴³. L'amiable composition apparaît également dans ce greffe en tant que moyen de ramener la paix dans les familles⁴⁴.

La période de 1740 à 1760, comme le greffe du notaire Maugue à la fin du XVII^e siècle, est marquée par un très faible nombre d'actes d'arbitrage – désignés comme tels – enregistrés par les notaires de la Nouvelle-France. Les trente et un actes notariés font preuve d'une forte diversité dans leur cause, dans leur mise en pratique et par la qualité de leurs parties et de leurs arbitres. Les notaires sont bien souvent là uniquement pour enregistrer un acte préétabli où ils ne prennent aucune part. Toutefois, ils acquièrent une importance dans l'uniformisation de la pratique et dans la sécurité qu'ils apportent à la procédure.

B. Un corps notarial pluriel

S'ils sont peu nombreux, les quelques notaires qui sont intervenus en matière de pratique arbitrale méritent d'être envisagés plus longuement. Antérieurement à la Conquête, la profession de notaire en Nouvelle-France et dans la province de Québec est marquée par des difficultés, notamment financières. Il est en effet très difficile de vivre de sa charge, et les notaires cumulent, sous le régime français comme sous le régime anglais, les fonctions de marchand, d'arpenteur, de greffier, de juge seigneurial⁴⁵... en conformité avec l'ancien droit français et la pratique de l'ancienne France. Ainsi Ferrière, dans sa *Science parfaite*

42. « Transaction entre Jeanne Godard veuve de Pierre Pigeon habitant de la côte St Marin et Joseph Elie Beaujan » (9 octobre 1681), *id.* à la p. 69.

43. BANQM, 1^{er} août 1680, MFILM, Cl. Maugue (Mtl).

44. Il en est ainsi des conventions entre André Demers et Jean Roy et Marie Demers sa femme, pour terminer certaines difficultés survenues entre eux au sujet de droits et prétentions de part et d'autres (16 décembre 1680). De même, Jean Martinet de Fontblanche, tant pour lui que pour les héritiers de Pierre Gadois, parvient à un accord avec Bénigne Basset, représenté par son fils, afin de terminer les différends survenus entre eux (13 février 1681) ; A. Roy, *supra* note 30 à la p. 34.

45. Ainsi, les deux notaires officiant dans la Côte de Beaupré et étudiés par J.-P. Garneau, Barbel et Boucault de Godefus, après avoir obtenu leurs charges de notaire royaux, ont exercé les fonctions de juges seigneuriaux après avoir agi comme greffiers, commis, substitués du procureur du roi, juges assesseurs... ; cf. Jean-Philippe Garneau, *Droit, famille et pratique successorale, les usages du droit d'une communauté rurale au XVIII^e siècle canadien*, thèse histoire (dactyl.), Université du Québec à Montréal, 2003 aux pp. 175-176.

des notaires, souligne cette réalité pour la pratique sur le continent européen :

[...] qu'en province un notaire qui serait avocat pouvait avocasser dans les affaires pour lesquelles il n'aurait point passé d'actes [...] Dans les juridictions subalternes, il est toléré que la même personne soit notaire et en même temps greffier, huissier et procureur par le défaut de sujets. Par rapport aux juridictions royales, l'office de notaire et d'huissier peut être exercé par une même personne. [...] Au reste, un notaire peut exercer l'office de Greffier, soit par commission ou comme titulaire. On ne saurait trouver en ce point aucune raison d'incompatibilité⁴⁶.

La profusion d'activités et de fonctions que revêtent ces hommes est flagrante. Procureurs, praticiens, huissiers, notaires, arpenteurs sont souvent confondus sur les épaules des mêmes personnages. Ainsi, J.-B. Guyard est tour à tour qualifié dans les fonds notariés de praticien⁴⁷, de notaire royal⁴⁸ ou d'huissier⁴⁹. Le peu de personnel judiciaire compétent et la modicité des rémunérations expliquent l'importance de ce phénomène. En l'absence de corps d'avocat constitué, les notaires en Nouvelle-France assurèrent essentiellement le conseil juridique dans la colonie⁵⁰, en compagnie des praticiens et des procureurs. Le tarif des

46. Claude Joseph Ferrière, *La science parfaite des notaires, ou le parfait notaire contenant les ordonnances, arrêts et réglemens rendus touchant la Fonction des Notaires, tant royaux qu'apostoliques, avec les notes de F.B. de Visme*, Paros, chez Durand, 2 vol., 1771, t. 1, L. I, Ch. XI, pp. 48-49.

47. BANQM 12 août 1746 MFILM 11523 Rageot de Beurivage F. Qc. ou 15 novembre 1753 MFILM 11527 Saillant de Collegien Mtl.

48. BANQM 25 juillet 1758 MFILM 11528 Saillant de Collegien Mtl.

49. BANQM 31 mars 1743 ou 04 avril 1743 MFILM 2646 Danré de Blanzly L.Cl. Qc.

50. Ainsi, Jean-Claude Panet eut l'occasion de faire fonction d'avocat devant le Conseil Souverain ou la prévôté de Québec. Il y côtoyait les autres membres du petit monde juridique de la Nouvelle-France. Le 31 août 1756, devant la prévôté de Québec, il représente Pierre Doyon, marchand de Québec, demandeur, face à son confrère, M^e Decharnay (Decharny) représentant Barbe Saint-Maurice, veuve de Raymond Guay, défenderesse au sujet d'un litige concernant un lot de foin. Il est d'ailleurs ordonné que les parties se présentent dans les vingt quatre heures devant M^e Barolet, notaire, pour procéder au partage du foin en question (BANQM, TL1, S11, SS1, P1070022 MFILM M48-26). Dans une affaire de succession, le 7 septembre 1756, Jean-Claude Panet « assiste » Pierre Petitot Demarest (Desmarais) face à Jean-Louis Dufreny (Dufresne), tapissier de Québec, comparant, quant à lui, par l'huissier Thibault (BANQM TL1, S11, SS1, P1070033 MFILM M48-26). Jean-Claude Panet semble avoir largement exercé son rôle d'avocat ou de représentant des parties devant la prévôté de Québec puisqu'on retrouve plus d'une vingtaine d'actes qui renvoient à l'activité de ce notaire. Il agit également devant le Conseil Souverain et l'Amirauté de Québec, notamment comme procureur d'un marchand de Rouen, Pierre Levieux, en 1743 (BANQM, TL5, D1326, MFILM M67/32 Prévôté de Québec). Sur l'activité de cette juridiction et notamment de ses huissiers voir John A. Dickinson,

actes notariés, encadrant et garantissant le revenu des notaires du Québec, est resté le même de 1678 à 1780 et se trouvait être à la fin du Régime français notoirement insuffisant, renforçant encore pour les justiciables et les particuliers le sentiment de modicité des actes juridiques. Les notaires se trouvant particulièrement insérés dans le tissu sociétal, l'arbitrage figure naturellement à leur palette. Comme le souligne Ferrière, guidé par sa science du droit :

[...] un notaire prévoit d'abord les conséquences de tous les termes des contrats qu'il dresse et trouve des tempéraments sûrs et judicieux pour concilier également les intérêts de chaque partie. C'est un médiateur qui termine les contestations avec équité, qui prévient avec prudence celles qui pourraient naître par la suite ; enfin, une espèce d'arbitre ou de juge qui par son exactitude à mettre les intentions des contractants dans tout leur jour, assure tout à la fois et la possession des biens et la tranquillité des famille⁵¹.

En raison de ces paramètres, le notariat canadien ne connaît pas une véritable consécration durant le régime français et fait figure de parent pauvre des élites de la Nouvelle-France. Contraint de cumuler un certain nombre d'emplois, le notariat constitue bien souvent une étape, ou l'un des aspects d'une activité bien plus vaste.

Au moment de la Conquête on comptera en définitive assez peu de notaires royaux pour la colonie puisqu'ils sont au nombre d'une quarantaine pour une population d'environ 60 000 habitants⁵². Les premières

Justice et justiciables, la procédure civile à la prévôté de Québec, 1667-1759, Québec, Presses Universitaires de Laval, 1982 aux pp. 75 et s.

51. C.-J. Ferrière, *La science parfaite des notaires*, supra note 46 à la p. 2.

52. En reprenant, vérifiant et modifiant la liste donnée par Joseph-Edmond Roy (Joseph-Edmond Roy, *Histoire du notariat canadien*, Lévis, 1900, vol. 2, p. 10-11), dont J.-B. Decharnay et C.-H. Dulaurent ont été retirés, car ils quittent la profession en 1759, et G. Hosdiene, J.-F. Coron, J.-B. Guyart de Fleury ajoutés, la liste du notariat canadien en poste en 1760 et continuant ses fonctions au-delà, soit 39 notaires, est la suivante : Pour Québec, Claude Barolet (1728-1761), A. Genest (1738-1783), J.-B. Guyart de Fleury (1754-1761), Claude Louet (1739-1767), Jean-Claude Panet (1744-1775), Simon Sanguinet (1748-1771), Jean-Antoine Saillant de Collégien (1750-1776), François-Emmanuel Moreau (1750-1765), Jean-Baptiste Guyard, Nicolas Huot (1739-1771), Antoine Crespin (1751-1782), Joseph Dionne (1741-1779), J.-B. Richard (1751-1769), Noel Dupont (1749-1774), Nicolas-Charles Levesque (1752-1795), Michel Lavoye (1737-1772), Joseph Fortier (1731-1775), P. Parent (1748-1776). Pour Montréal, il s'agit de L.-L. Aumasson de Courville (1754-1781), Gervais Hosdiene (1740-1764), J.-F. Coron (1734-1767), Antoine Foucher (1746-1800), Pierre Mézières (1758-1786), Pierre Panet de Méru (1755-1778), Cyr de Montmerqué dit Dubreuil (1731-1765), François-Pierre Cherrier (1751-1789), François Simonnet (1737-1778), André Souste (1745-1769), Jacques Crevier-Duvernay (1748-1762), Thomas Vuatier (1751-1785), Jean Lalanne (1752-1767), Antoine

nominations par le pouvoir militaire changeront peu la réalité numérique de la profession⁵³. Le 16 décembre 1760, un jour après la capitulation de Montréal, Danré de Blanzay, notaire le plus important dans la cité, signait sont huit mille trois centièmes acte avant d'entreprendre un retour vers la mère patrie⁵⁴. Il ne laissera que six confrères à Montréal. Les effectifs de la profession s'avèrent donc bien faibles à la fin du Régime français.

La formation se résume, au mieux, à l'exercice de la fonction de clerc dans l'étude d'un notaire puis en l'examen par les pairs avant d'être proposé à la commission du gouverneur. Des caractéristiques communes s'affirment au sein de ce groupe de notaires disparates : ils sont soit nés et formés en France, soit nés en France – plus rarement en Nouvelle-France – puis formés au sein de la pratique coloniale. Si un examen par les pairs semble avoir été exigé, aucun véritable diplôme n'est requis. C'est donc la pratique qui garantit la qualité du praticien⁵⁵, celle-ci complétant bien souvent quelques lettres classiques⁵⁶. L'exigence par la

Grisé dit Villefranche (1756-1785), Charles Deguire (1758-1762), J.-B Daguilhe (1749-1783). Enfin pour Trois-Rivières, il s'agit de Louis Pillard (1736-1767), Jean Le Proust (1746-1761), Nicolas Duclos (1751-1769), Pierre-François Rigault (1750-1778), Joseph Rouillard dit Fonville (1731-1764). Henri Bouron, notaire dans le gouvernement de Montréal, cesse son activité en 1760 tout comme Danré de Blanzay et Antoine Loiseau dit Châlons. Pour le gouvernement de Québec, il s'agit de P.-A.-F. Lanouiller des Granges (1749-1760) et d'A. Alliez (1749-1760). En 1760, sont commissionnés D. Mondelet dit Bellefleur (1760-1785 Mtl.), A. Robin (1760-1808 Mtl.), L. Loiseau (1760-1788 Mtl.), J. Auger (1760-1768 T.-R.), en 1761 J. Gouget (1761-1777 Qc.), P. Dielle (1761-1778).

53. Seuls seize notaires furent nommés durant la période de 1760 à 1765 pour remplacer les départs de quatre d'entre eux et la mort de douze autres ; Joseph-Edmond ROY, *Histoire du notariat canadien*, préc. note 54 à la p. 11.
54. Jean-Jacques Lefebvre, « Les premiers notaires de Montréal sous le régime anglais, 1760-1800 », (1943) 45(8) R. du N. 293-321.
55. Ce qui semble justifier la distinction entre notaires ruraux et notaires urbains, ces derniers étant plus qualifiés que les premiers si l'on en croit une lettre de Panet à Jenkyns Williams qui relève que les émoluments des premiers sont inférieurs d'un tiers à ceux des notaires urbains, cité par Seaman Morley Scott, *Chapters in the history of the law of Quebec, 1764-1775*, Ann Arbor, University of Michigan, 1933, ci-après « Chapters in the history » à la p. 286.
56. Si ces notaires, lors de leur formation, eurent peu à toucher aux lettres classiques, certains d'entre eux laissèrent à la postérité des journaux, des ouvrages, comme Jean-Claude Panet et Sanguinet et leur relation de la Conquête (Cf. Jean-Claude Panet, « Siège de Québec en 1759 », *Literary and History Social of Quebec*, 4^e série, 1875, p. 1-31 et Simon Sanguinet, *L'invasion du Canada par les bastonnais*, présenté par R. Ouellet et J.-P. Therrien, coll. civilisation Québec, rééd. 1975). Louis de Courville, lui, laissa un pamphlet critique sur les derniers temps du régime français (Cf. Aegidius Fauteux, « Louis de Courville » (1940) 5 Cahiers des Dix 232-292) alors que Jean-Baptiste Lebrun fit un usage assidu de la presse, notamment afin d'alimenter ses querelles avec Jean-Claude Panet (J.-E. Roy, *supra* note 54, vol. 2 aux pp. 21-24).

profession peut aller du simple bon sens⁵⁷ jusqu'à une véritable *scientia juris* pour de rares notaires urbains.

Les notaires de la fin du régime français sont issus de deux groupes sociaux principaux. Ils sont les héritiers du monde de la robe dans un grand nombre de cas, comme pour les notaires Panet, et parfois, héritent de la pratique et de la clientèle familiale. Pour d'autres, ils sont marchands, habitants, tabellions et parviennent bien souvent à obtenir la charge de notaire royal grâce à une forte implantation locale. Peu semblent avoir fait véritablement fortune⁵⁸ mais bien souvent ils représentent la première implantation solide dans la colonie et leurs enfants connaîtront des carrières prospères, souvent dans le monde juridique et dans la politique⁵⁹. Les relations personnelles entre les notaires sont fortes. Ils s'engagent les uns envers les autres lors des classiques enquêtes de vie et de mœurs⁶⁰.

C. Une activité protéiforme

Parmi les notaires qui vont instrumenter en matière arbitrale, une place à part peut être réservée aux notaires J.-B. Adhémar, François Simonnet et Danré de Blanzky. Tous trois exercent à Montréal et vont instrumenter le plus grand nombre d'actes d'arbitrage durant le régime français. Leurs parcours sont toutefois fort différents et illustrent bien la diversité du corps notarial. Ils exercèrent tous trois, à un moment donné

57. « Nous avons été d'avis unanime, que quoique ledit sieur Roy ne soit point positivement expert dans les lois et coutumes, suivies en cette colonie, il a beaucoup de bon sens et a assez bien répondu aux différentes questions que nous lui avons faites sur les contrats usités en cette colonie et qu'il peut être reçu notaire dans les campagnes, où il n'y en a point d'établi, pour la facilité des habitants en lui fixant un district, sauf à lui augmenter lorsqu'il aura travaillé pendant quelques années avec approbation » ; 29 mars 1765, Correspondance interne, Province de Québec, Commission des notaires, citée par S.M. Scott, *supra* note 55 aux pp. 285-286.

58. À l'exception notable d'André Souste qui, à la fin de sa vie active est devenu un homme aisé. Il possède, en plus de sa maison, une ferme d'un arpent et demi de front sur vingt de profondeur à la côte Saint-Laurent, près de Montréal. Mais cet enrichissement d'importance, pour un ouvrier spécialisé (il était fabricant de bas à son arrivée dans la colonie) semble davantage le fruit de son activité commerciale et de son mariage, qui l'unit à une famille en vue de la colonie, ce qui lui permet de se hisser au sein du monde judiciaire de la colonie ; Cf. André Lachance, « André Souste », *Dictionnaire Biographique du Canada*, vol. IV, pp. 781-782.

59. Il en est ainsi des fils des deux Panet, ainsi que des fils Cherrier.

60. Pour une étude prosopographique des dynamiques de la profession, voir David Gilles, « Le notariat canadien face à la Conquête anglaise : L'exemple des Panet », V. Bernaudeau, J.-P. Nandrin, X. Rousseau et A. Tixhon, *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008 aux pp. 189-207.

de leurs carrières, des fonctions auprès des juridictions⁶¹. Danré de Blanzly, en plus de sa charge de notaire, fut juge de la seigneurie de Boucherville de 1739 et 1740⁶² et il reçut le 13 novembre 1744 la commission de greffier pour la juridiction de Montréal⁶³. François Simonnet, de 1757 à 1760, est substitut du procureur du roi, puis procureur en titre pour la juridiction de Montréal avant d'être nommé commis-greffier d'office le 24 novembre 1759 par les membres du Conseil supérieur, réunis à Montréal⁶⁴. Enfin Adhémar succéda à son beau-père Lepailleur en tant qu'huissier du Conseil Supérieur à Montréal et exerça comme substitut du procureur du roi auprès de la juridiction royale de Montréal. Quant au parcours et à la formation, Adhémar est fils⁶⁵ et petit fils de notaire, Danré est avocat ayant exercé à Paris, alors que Simonnet était frère hospitalier de la Croix et de Saint-Joseph, puis instituteur et notaire⁶⁶.

Les tempéraments de ces personnages sont également fort différents. Adhémar semble avoir connu plusieurs heurts avec l'administration et ses collègues, notamment en raison du dépôt des minutes de son greffe, mais également avec les autres huissiers de la Juridiction royale de Montréal⁶⁷. Danré de Blanzly, semble quant à lui avoir connu une vie dissipée car il arrive dans la colonie suite à une lettre de cachet obtenu par ses parents⁶⁸. Cumulant les fonctions de notaire et de greffier, Adhémar succède le 17 avril 1730 à son beau-père Lepailleur comme huissier du Conseil supérieur⁶⁹. Ce parcours montre un réseau familial et professionnel actif ainsi que la constitution d'un réseau de

61. Pour une perspective générale de l'institution judiciaire, voir John A. Dickinson, « New France: Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1608-1760 » dans DeLloyd J. Guth et W. Wesley Pue (dir.), *Canada's legal inheritances*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 2001 aux pp. 32-54.

62. Édouard-Zotique Massicotte, « La justice seigneuriale de Boucherville », (1922) *XXVIII B.R.H.* 75-83.

63. Il aurait également rempli, à l'occasion, les charges de lieutenant général civil et criminel, de procureur du roi, d'assesseur et de greffier des conseils de guerre jugeant les déserteurs ; cf. Michel Paquin, « Danré de Blanzly », *D.B.C.*, *op. cit.*, vol. III, p. 175.

64. Raymond Dumais, « F. Simonnet », *D.B.C.*, vol. IV, à la p. 231.

65. Il succède à ce dernier d'ailleurs pour le district de Montréal ; cf. BANQM, E1, S1, P892, 15 avril 1714, M5/2, commission de notaire dans toute la Juridiction de Montréal par l'intendant Bégon pour Jean-Baptiste Adhémar, en remplacement de son père Antoine Adhémar, décédé.

66. R. Dumais, *supra* note 64 à la p. 231.

67. BANQM, E1, S1, P3508, M5/7, 1^{er} juillet 1743, ordonnance de l'intendant Hocquart qui termine les difficultés survenues entre Jean-Baptiste Adhémar, notaire royal et ancien praticien de la Juridiction royale de Montréal, Jean-Baptiste Guyart (Guyard) et Joseph Saulquin (Solquin, Saint-Joseph), huissiers royaux de la même Juridiction, François Foucher, substitut du procureur général, et Chaumont, ancien praticien.

68. M. Paquin, « Louis-Claude Danré de Blanzly », *supra* note 63 à la p. 175.

69. Michel Paquin, « Jean-Baptiste Adhémar », *D.B.C.*, vol. III, pp. 4-5.

robe très similaire à ceux de l'ancienne France. Malgré cela, selon l'intendant Bégon, il était « un mauvais sujet », et il aurait quitté la ville de Montréal après avoir dissipé les « deniers » qui avaient été consignés au greffe de la Juridiction de Montréal⁷⁰.

Les rapports entre ces différents hommes semblent constants, Adhémar remplaçant Danré de Blanzly à titre de greffier lorsque celui-ci rentre en France en 1749⁷¹. Ces deux hommes représentent deux parties dans un contrat ratifié chez le notaire Barolet en 1752⁷². Devant la Juridiction royale de Trois-Rivières, Adhémar et Simonnet instrumentent tous deux un contrat de mariage et des donations en 1744⁷³. Ils reçoivent tous deux une procuration de la part de l'un de leurs collègues, Claude-Cyprien Porlier, notaire royal et greffier en chef de la Juridiction royale de Montréal, le 25 septembre 1743 dans le cadre d'un procès opposant ce dernier aux Sulpiciens, seigneurs de Montréal⁷⁴. Ils agissent même en tant qu'arbitres dans le cadre d'un contentieux devant la juridiction royale de Montréal, notamment dans un procès visant une saisie sur dettes opposant deux voyageurs, Antoine Pothier et Jean Chaperon de janvier 1741 à septembre 1743⁷⁵. Une fois le serment et le

70. *Ibid.*

71. BANQM, E1, S1, P3931, M5/8, 16 octobre 1749, commission de greffier de la Juridiction royale de Montréal par l'intendant Bigot pour le sieur Adhémar, notaire royal, pendant le voyage en France du sieur Danré (de Blanzly), greffier de ladite Juridiction.

72. BANQM, E1, S4, SS4, D42, P3, M28/1, 12 mai 1752, ratification par le Sieur Joseph Fleury de la Gorgendière, Sieur Deschambault, agent des Messieurs de la Compagnie des Indes à Montréal, et Dame Catherine Véron de Grandmesnil, son épouse, demeurant rue Notre-Dame à Montréal, du contrat de vente du 29 avril 1752 passé devant le notaire Claude Barolet (par les notaires Antoine Adhémar dit Saint-Martin et Louis-Claude Danré de Blanzly).

73. BANQM, TL3, S11, P3436, 14 décembre 1744, lecture du contrat de mariage passé devant maîtres Adhémar et Simonnet, notaires royaux en la Juridiction royale de Montréal, entre François Crevier, demeurant à Saint-François-du-lac-Saint-Pierre (Saint-François-du-Lac), et de Geneviève-Marguerite Trudeau, fille de Bertrand Trudeau et de Marie Gervais de Montréal, concernant des donations ; il est ordonné qu'il sera insinué et enregistré au registre de la Juridiction de Trois-Rivières.

74. BANQM, TL5, D1338, M67/32, 25 septembre 1743 au 4 octobre 1743, procès opposant les Sulpiciens de Montréal (Séminaire Saint-Sulpice), seigneur de Montréal à Claude-Cyprien Porlier, notaire royal et greffier en chef de la Juridiction royale de Montréal, pour malversations.

75. Ici, dans un premier temps, deux arbitres nommés d'office, Louis Chapeau et Jacques Grignon, arbitres et voyageurs eux-mêmes, sont chargés « d'évaluer en monnaie de notre pays la valeur d'une transaction de pelleteries passée au fort de Chartres devant Jérôme Rousselet » dans le cadre de la poursuite en recouvrement de créance intentée par Antoine Pothier contre Jean Chaperon ; BANQM, TL4, S1, D4750, 11 janvier 1741 – 29 septembre 1743, procès entre Antoine Pothier, voyageur, demandeur, et Jean Chaperon, voyageur, défendeur, pour une saisie sur dettes.

rapport rendu, la saisie réelle d'une terre de Longue-Pointe, appartenant à ce dernier, est décidée par la juridiction. Nos deux notaires sont alors chargés de son évaluation puis de la criée qui s'en suit⁷⁶. En l'espèce, c'est Louis-Claude Danré de Blanzly qui agit comme procureur plaidant, reconstituant le triumvirat. Le monde de la robe montréalaise s'avère donc fort resserré, et la proximité entretenue est certainement un facteur favorisant l'arbitrage lorsqu'un différend est soumis à ces trois hommes. D'autres notaires interviennent également en qualité d'arbitre, comme Jean-Ovide Kervezo, qui exerce également les fonctions d'arpenteur⁷⁷, mais aussi André Souste, Jean Leproust, Barette de Courville, Antoine Foucher, Gervais Hosdiene⁷⁸, Charles-François Coron⁷⁹, Jean-Baptiste Adhémar...

Hormis ces parcours particuliers, si ces notaires instrumentent des actes d'arbitrage ou concilient eux-mêmes certains différends sur une base conventionnelle, il faut relever que les modes alternatifs de règlement trouvent également à s'exprimer devant les greffes des juridictions ou de l'intendance⁸⁰ mais les notaires se trouvent au cœur de l'arbitrage conventionnel.

76. *Ibid.*

77. Celui-ci est nommé arpenteur juré dans la Côte sud du gouvernement de Québec par l'intendant le 9 mai 1748 et en 23 juin 1752 notaire royal dans Saint-Roch, Rivière Ouelle et St-Anne ; A. Vachon, *Histoire du notariat*, *op. cit.*, note 25 à la p. 42.

78. En juillet 1739, Gervais Hodiesne abandonna la soutane et s'établit dans la seigneurie de Chambly où il obtint une commission restreinte de notaire la même année après avoir épousé Marguerite Lareau, veuve de Charles Campagna. Hosdiene instrumente au sud de Montréal, à Chambly et devient un notable de la région, après avoir prononcé dans un premier temps ses vœux auprès des frères Charron de l'Hôpital général et un passage au Séminaire de Québec. Le 18 juillet 1747, il reçoit de l'intendant Bigot une deuxième commission de notaire royal pour exercer dans tout le gouvernement de Montréal, excepté dans la ville et la banlieue de Ville-Marie où il ne pourra instrumenter qu'à partir du 26 mai 1752. De 1750 et jusqu'en 1759, il exerce à l'occasion la charge d'assesseur ; Michel Paquin, « Gervais Hosdiene », *D.B.C.*, vol. IV, p. 123.

79. Exerçant à l'île Jésus, fils du notaire royal François Coron et de Marie Cyr, il fut avant d'être notaire tailleur d'habits. Si c'est le notaire Dufresne qui succéda à son père, il obtint le 20 septembre 1735, de l'intendant Hocquart, une commission de notaire royal et de greffier « pour exercer tant dans l'étendue de l'île Jésus que dans le reste des côtes du nord du gouvernement de Montréal y compris la paroisse Saint-Joseph de la Rivière-des-Prairies », cette commission étant bientôt étendue à l'ensemble du gouvernement de Montréal ; Helmut Kallman, « Charles-François Coron », *D.B.C.*, vol. III, pp. 150-151.

80. Voir Arbitrage et administration, *supra* note 11 aux pp. 134 et s.

II. L'ARBITRAGE NOTARIÉ DURANT LA PÉRIODE FRANÇAISE

La pratique cristallisée dans les fonds notariés met en avant de nombreux arbitrages touchant aux questions de famille, la résolution des différends étant confiée le plus souvent à des notaires et les juges. Pour les autres questions (servitudes, obligations...) les parties font appel également à des habitants de leurs communautés, à des prêtres, à des professionnels lorsque la résolution des différends repose essentiellement sur une expertise.

Deux caractéristiques apparaissent ainsi : d'une part, l'arbitrage s'affirme comme une procédure sous l'égide forte du monde juridique (A), les juristes et les juridictions s'impliquant fortement dans ce mode de règlement. D'autre part, il apparaît comme un instrument totalement intégré dans la société et par les habitants qui y trouve une alternative intéressante à la justice officielle (B).

A. Une procédure dans les mains des juristes

Si l'arbitrage est essentiellement volontaire, c'est-à-dire à l'initiative des habitants, l'arbitrage prend parfois place dans le cadre d'une procédure contentieuse, ou du moins intervient en amont ou en aval d'une décision de justice. Ainsi, le 4 juin 1742, une sentence arbitrale est rendue par les notaires Adhémar et Claude Faure de Blanzay afin de régler un partage de succession entre deux femmes, l'une veuve et l'autre héritière de l'épouse du défunt. Les deux parties nomment chacune un des notaires « [...] pour terminer les différends qu'elles ont ensemble au sujet desdites successions et pour éviter les frais et vivre en bonne union [...] »⁸¹. Non juridictionnelle, la procédure de l'arbitrage bénéficie en l'espèce de la force de la juridiction puisqu'il est prévu dans l'acte que « la présente sentence sera présentée à M. le lieutenant général de la Juridiction de Montréal pour par lui être approuvée et pour l'exécution des présentes »⁸².

81. BANQM, MFILM 3522, 4 juin 1742, J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl), sentence arbitrale rendue entre Louise Nafrechoux, veuve de Pierre Raimbault, conseiller du roi et lieutenant général civil et criminel de la Juridiction de Montréal tant en son nom que comme tutrice de ses enfants mineurs et Marie Françoise Elisabeth Raimbault veuve de Jean Daigneau, écuyer Sieur Douville, héritière de Dame Françoise, première femme de Pierre Raimbault.

82. *Ibid.*

À l'inverse, un arbitrage du premier décembre 1742, qui a trait à la reddition d'un compte de tutelle⁸³ (géré par Michel Marie dit St Marie) et qui fait suite à un compromis arbitral du 24 novembre 42, intervient à la suite d'une décision juridictionnelle datant de juillet 1742. Établi par les deux notaires Claude Faure de Blanzly et François Simonnet, l'arbitrage est initié par les deux requérants afin de « [...] juger et décider les procès et différends pendants entre eux au siège présidial de la Juridiction royale de Montréal à l'occasion dudit compte de tutelle rendu en ce siège le 24 juillet dernier pour lequel ledit St Marie a été condamné »⁸⁴. Toujours en 1759, une autre sentence arbitrale entre Joachim Labelle et Paul Étier, tous deux habitants de l'Île Jésus, est rendue par deux habitants de l'île suite à un procès⁸⁵.

Certains notaires semblent avoir eu une prédilection pour l'arbitrage, assurant peut-être un plus grand ascendant sur les membres de leur communauté ou profitant d'une situation particulière, comme la représentation devant les tribunaux. L'importance des études notariales, le prestige des notaires ou l'implantation urbaine de ces derniers peuvent expliquer cette surreprésentation de certains hommes de l'art. Il en est ainsi des notaires Simonnet et Claude Faure de Blanzly qui officient comme arbitres dans la sentence arbitrale du premier décembre 1742 précitée, mais aussi dans celle du 23 mai 1742, de Blanzly intervenant de plus dans celle du 4 juin 1742, en compagnie cette fois du notaire J.B. Adhémar. Cela ne peut étonner. Dès sa définition de l'arbitrage, Claude-Joseph de Ferrière soulignait déjà cette idée du lien très fort entre le spécialiste du droit et l'arbitrage : l'arbitrage « est une espèce de juridiction que les Avocats ou autres particuliers exercent en vertu du pouvoir qui leur est donné par les parties de décider leurs contestations »⁸⁶. L'arbitrage étant le fait d'une *juris dictio*, les plus aptes à dire le droit étaient naturellement les avocats. Or, cette fonction n'existant pas officiellement en Nouvelle-France, elle se trouvait exercée logiquement par les notaires qui faisaient office de conseillers juridiques ou de praticiens devant les juridictions.

83. Sur les conseils de famille et l'implication sociale des comptes de tutelles, voir Jean-Philippe Garneau, « Le rituel de l'élection de tutelle et la représentation du pouvoir dans la société canadienne du XVIII^e siècle » (2005) 14 Bulletin d'histoire politique 1 aux pp. 45-56.

84. BANQM, MFILM 3522, 1^{er} décembre 1742, J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl), dépôt d'une sentence arbitrale pour Guillaume Robidou, au nom et comme procureur de Pierre Lonctain et Michel Marie dit St Marie.

85. BANQM, MFILM 2114, 30 janvier 1759, C.F. Coron (Mtl), sentence arbitrale entre Joachim Labelle habitant l'Île de Jésus et Paul Etier de l'Île de Jésus.

86. C.-J. de FERRIÈRE, « arbitrage », *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1754, t. I, p. 113.

Le notaire ne peut agir toutefois comme un spécialiste omniscient. L'arbitrage appelle parfois comme arbitres des personnalités locales plus aptes à évaluer le litige en cause. Ceci n'exclut pas pour autant son intervention. Il en est ainsi dans le cadre de la sentence arbitrale rendue afin de liquider une succession le 9 octobre 1741 par le notaire Pressé. Le notaire fait appel à deux habitants de la « seigneurie de Champlain » qu'il nomme d'office arbitres, Pierre Dubord Lafontaine et Joseph Soulan, afin de « constater l'augmentation ou la détérioration »⁸⁷ d'une concession appartenant à la succession. L'usage du terme arbitre est donc ici pour partie abusif au regard de la compétence qu'on demande à l'arbitre. Il s'agit autant d'un expert que d'un arbitre, même si son « expertise » tranche le différend...

L'autorité morale joue également un très grand rôle dans le choix de l'arbitre, surtout si celui-ci est un arbitre unique. C'est alors parfois un prêtre qui se voit choisi comme arbitre. Ainsi, Joseph Dargent, prêtre missionnaire exerçant les fonctions curiales en la paroisse de St Jean de la Pointe aux Trembles est nommé arbitre pour un litige touchant une donation en 1744⁸⁸ et il le sera à nouveau en 1745 dans une affaire de paiement de soulte⁸⁹. Les membres de la famille représentent évidemment des arbitres naturels des causes familiales – malgré le risque de partialité – et trouve un fondement dans l'ordonnancement juridique à travers l'Édit d'août 1560 et l'Ordonnance de Moulins de 1566. Toutefois, une parfaite impartialité des arbitres est nécessaire, ce qui pose des questions éthiques et juridiques aux participants à cette procédure⁹⁰.

Certaines décisions arbitrales au cœur de ces fonds notariés peuvent prendre un aspect quasi juridictionnel par la qualité des arbitres

-
87. BANQM, MFILM 1481, 9 octobre 1741, H.-O. Pressé, (T.-R.), sentence arbitrale entre Marie Madeleine Baudouin et Disy dit Montplaisir, commandant de milice, son époux, de la seigneurie de Champlin, épouse antérieure de Francois Lucas, dit Dontigny, de Champlin J.-F. Lucas dit Dontigny et Michel Lucas dit Dontigny, faisant tant pour eux que pour Alexis Lucas majeur, leur frère, fils dudit defunt.
 88. BANQM, MFILM 9128, 27 juillet 1744, F. Comparet (Mtl), dépôt sentence arbitrale entre F. Mersent et Elisabeth Deroches, son épouse de la Pointe aux Trembles et Joseph Brouillet et Agathe Mersent son épouse, et Antoine Brouillet et Marie Anne Mercent, son épouse.
 89. BANQM, MFILM 9128, 22 mars 1745, F. Comparet (Mtl), dépôt sentence arbitrale entre Nicolas Gervaise capitaine de milice de la Pointe aux Trembles et Vincent Lenoir menuisier et Angélique Larrivee, son épouse du bourg de la Pointe au Trembles épouse antérieure de Nicolas Payet.
 90. C'est le cas par exemple dans une cause relative à un paiement de dette où Pierre Panet et Pierre Mézière sont arbitres. Le troisième arbitre, M. le Moine, se récuse alors au profit de M. Dailleboust de Crusy pour cause de parenté ; BANQM, MFILM 2735, 07 octobre 1768, P. Panet de Méru (Mtl), sentence arbitrale entre François Picoté de Bellestre et Porlier dit Benac.

choisis. Ainsi, le 4 octobre 1741 une sentence arbitrale fait intervenir Louis Jean Poulin de Courval⁹¹, conseiller du Roy et lieutenant général au siège de la juridiction royale de Trois-Rivières, Joseph Godefroy de Tonnancour, conseiller du Roy, son procureur audit siège et subdélégué de l'intendant à Trois-Rivières. Dans une autre décision arbitrale, suite à la requête de Louis Aguenier, Guiton Demons, conseiller du roi et lieutenant général civil et criminel de la Juridiction royale de Montréal, va jusqu'à désigner lui-même les arbitres dans son ordonnance faisant suite à la requête concernant l'achat d'une terre⁹².

Outre ces causes instrumentées où des membres des juridictions civiles interviennent directement⁹³, l'arbitrage est parfois décidé dans le cadre d'une procédure contentieuse pendante devant une juridiction. Ce sont alors des arbitres extérieurs à celle-ci qui officient, comme c'est le cas par exemple dans une cause en matière de paiement de dettes commerciales portant sur des produits agricoles dont la Juridiction royale de Trois-Rivières est saisie en 1746⁹⁴. Cette cause, opposant deux habitants de Maskinongé Jean Sicard de Carufel et Jean-François Ducheny, navigue entre le judiciaire et l'infrajudiciaire. Il s'agit d'un document notarié, dont on ne trouve pas trace dans les fonds propres de la juridiction, et d'un véritable arbitrage, dont la sentence est confiée à deux personnes qui n'agissent pas comme experts du domaine concerné.

Néanmoins, cette procédure prend naissance par la saisine de la juridiction, le choix des parties semble avoir peu joué dans la désignation des arbitres et ces derniers sont tous deux membres de la juridiction saisie, soit le lieutenant général et le procureur général. Est-on alors face à un arbitrage volontaire, instrumenté dans les minutes d'un notaire pour une nécessité de preuve, ou face à une procédure juridictionnelle parallèle, destinée à faire gagner du temps et de l'argent à deux parties éloignées du siège et portant sur un litige posant, somme toute, peu de difficultés juridiques ?

D'un point de vue quantitatif, pour cette période 55 arbitres sont identifiables quant à leur qualité⁹⁵. Concernant ce groupe, 24 notaires sont intervenus comme arbitres, soit le groupe professionnel le plus

91. Voir André Lachance, « Louis Jean Poulin de Courval », *D.B.C.*, vol. III, p. 584.

92. BANQ, MFILM 2089, 16 novembre 1744, G. Barette dit Courville (Mtl), règlement arbitral entre Louis Aguenier et F. Aguenier, son fils.

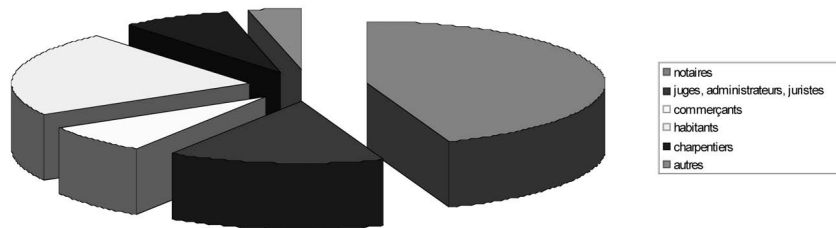
93. Sur la capacité des juges à être arbitre, voir Arbitrage et administration, *supra* note 13 à la p. 32.

94. BANQM, MFILM 1471, 19 12 1746, L. Pillard (Tr), sentence arbitrale entre Jean Sicard de Carufel, écuyer, de Maskinonge, et JF Ducheny, de Maskinonge.

95. Voir notre étude à paraître, Arbitrage et administration, *supra* note 13 à la p. 125.

important. Ensuite, sept arbitres sont des membres de l'administration de la Nouvelle-France, et plus spécifiquement exercent une fonction au sein de l'appareil judiciaire. Un arbitre, dans deux causes différentes, est prêtre, un autre est un ancien praticien. Ainsi, 32 arbitres ont un lien avec le monde du droit ou de l'autorité morale institutionnalisée. La majorité des arbitres sont ainsi des personnages appartenant au monde du droit.

Qualités des arbitres avant la Conquête dans les actes notariés



Individuellement, certains notaires se démarquent. Ainsi, le notaire Simonnet est celui qui intervient le plus à titre d'arbitre. Viennent ensuite les notaires Blanzky et Adhémar, avec quatre interventions. Ces trois notaires accumulent la plus grande partie des affaires comme arbitres, intervenant généralement en binôme, Simonnet avec Blanzky, dans deux causes, Blanzky avec Adhémar, à deux reprises et enfin Simonnet avec Adhémar, dans deux différends. Ce rôle de duettiste est vraisemblablement tant le fait des notaires, qui proposent le nom d'un collègue apprécié lorsque la question de l'arbitrage est évoquée, que le fait d'une situation géographique et d'une proximité, ces notaires exerçant en ville. Jean-Baptiste Adhémar, Louis-Claude Danré de Blanzky et François Simonnet sont tous trois notaires à Montréal, ce qui s'avère peut-être symptomatique d'une pratique arbitrale plus favorisée à Montréal et dans sa proche région (où exercent Coron – à l'île Jésus⁹⁶ – et Hosdiene – à Chambly – par exemple). Le choix des arbitres en dit également beaucoup sur les parties qui exercent cette faculté. Les fondements de confiance, de sécurité se retrouvent dans ces choix, et les arbitres ne seront pas les mêmes selon que l'on est habitant, bourgeois ou commerçant.

96. Jean-Jacques Lefebvre, « François Coron et Charles Coron, notaires à l'île Jésus » (1963-1964) 66 *R. du N.* 252.

B. L'arbitrage, une voie de justice alternative adaptée à la Nouvelle-France

Toute la société de la Nouvelle-France est représentée dans ces actes d'arbitrages. Les habitants, surtout pour les questions de famille, de servitude ou de partage de terre, les marchands et commerçants, pour les redditions de compte ou encore la noblesse concernant ses activités de propriétaire terrien ou de négoce. On trouve ainsi des pratiques arbitrales fondées sur un *continuum* de confiance entre certains habitants de la colonie. La famille Ramezay entretient ainsi d'étroites relations avec Guillaume Laserre (ou Lacerre) de la ville de Chambly. En 1746, une convention entre Louise de Ramezay, la véritable matrone de la famille et ce dernier, fut instrumentée par le notaire Boucault de Godefus⁹⁷. En mars 1752, c'est Denise de Ramezay qui convient d'un compromis avec ce dernier⁹⁸, alors qu'en juin, une sentence arbitrale, faisant intervenir les deux notaires Hosdiene (pour Louise) et Simonnet (pour Guillaume) vient trancher un différend concernant une dette de fourniture⁹⁹. Enfin, le 23 (ou 26) décembre 1754, une sentence arbitrale, faite au profit de Louise de Ramezay contre Guillaume Laserre, est instrumentée par Simonnet¹⁰⁰.

Les relations de confiance entre un donneur d'ordre et un fournisseur, fondées sur des relations suivies, peuvent donc amener les parties à faire appel à l'arbitrage plutôt qu'au règlement juridictionnel. La qualité de l'arbitrage, permettant encore aujourd'hui une certaine protection des informations commerciales et patrimoniales, peut également entrer en ligne de compte à cette époque, comme c'est le cas de nos jours.

Dans la plupart des sentences arbitrales les règles de procédure sont définies par le compromis d'arbitrage, s'il en existe un distinct de la décision. On en trouve toutefois peu dans les fonds notariés, le plus souvent seule la sentence étant conservée. Il est fort possible que le compromis soit négocié et organisé verbalement, et que seule la sentence, pour des questions de preuve et de force obligatoire, soit instrumentée. Dans les compromis conservés, les parties prévoient en général le choix de deux arbitres, chacune en choisissant un et parfois établissent qu'en

97. BANQM, MFILM, 27 octobre 1746, G. Boucault de Godefus (Qc), convention entre Louise de Ramezay et Guillaume Laserre.

98. BANQM, MFILM, 13 mars 1752, J.-B. Adhémar dit Saint-Martin (Mtl), compromise entre Denise de Ramezay (majeure) de Montréal et Guillaume Laserre.

99. BANQM MFILM 2437, 09 juin 1753, F. Simonnet (Mtl), sentence arbitrale entre Louise de Ramezay de la ville de Montréal et Guillaume Laserre.

100. BANQM MFILM 2437, 23 décembre 1754, F. Simonnet (Mtl), sentence arbitrale au profit de Louise de Ramezay contre Guillaume Laserre.

cas de désaccord, ceux-ci pourront choisir un tiers au jugement duquel les parties s'engagent à se soumettre.

Plus contraignants, certains actes prévoyaient des pénalités si les parties s'engageaient dans une voie contentieuse ou si elles ne respectaient pas l'arbitrage¹⁰¹. Ainsi, dans un compromis du 9 octobre 1741, il est prévu que les parties exécuteront la sentence « comme arrêt de cour souveraine » à peine de payer :

[...] la somme de 500 livres, laquelle sera acquise de plein droit aux acquiescants et payée par l'appellant avant de pouvoir interjeter appel du jugement arbitral par nous rendu sans que cette peine puisse être réputée comminatoire attendu que sans icelle ledit compromis n'aurait été fait¹⁰².

Le montant de la peine s'avère en l'espèce considérable, et garantit de manière quasi absolue l'exécution de la sentence, alors même que la qualité des arbitres semblait d'ores et déjà un élément de poids en faveur du respect de leur décision. C'est encore le cas devant le notaire Adhémar en 1744 où les parties confèrent aux arbitres :

[...] les pouvoirs de juger et terminer leurs différends sur pièces et procédures qu'ils promettent respectivement leur mettre ès mains [...] afin que lesdits sieur arbitres puissent rendre leur jugement arbitral le plutôt que faire se pourra et si lesdits arbitres ne se trouvaient de même sentiment et qu'ils ne puissent s'accorder entre eux et rendre ledit jugement, ils pourront nommer tel sieur arbitre qu'ils aviseront pour rendre conjointement ledit jugement auquel lesdites parties promettent respectivement et acquiescent comme si c'était un jugement de Cour Souveraine sans vouloir y contrevenir directement ni juridiquement.

101. Ainsi « [...] si lesdits arbitres ne se trouvaient de même sentiment et qu'ils ne puissent s'accorder entre eux et rendre ledit jugement ils pourront nommer tel sieur arbitre qu'ils aviseront pour rendre conjointement ledit jugement auquel lesdites parties promettent respectivement et acquiescent comme si c'était un jugement de Cour Souveraine sans vouloir y contrevenir directement ni juridiquement. Renonçant à cet effet lesdites parties respectivement au bénéfice ou privilège qu'ils ont et pourraient avoir (en) appel de ladite sentence arbitrale pour laquelle (est établie) la présente clause [...] » ; BANQ MFILM 3523, 07 mars 1744, J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl), sentence arbitrale entre Marguerite Cullerier, veuve de Louis Decarry et Noel Toupin (et Marie Françoise Navers, son épouse). Voir également BANQ MFILM 3523, 7 nov. 1744, J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl).

102. BANQM, MFILM 1481, 09.10.1741, H.-O. Pressé (TR), sentence arbitrale entre Marie Madeleine Baudouin et Disy dit Monplaisir, commandant de milice, son époux, de la seigneurie de Champlin, épouse antérieure de Francois Lucas, dit Dontigny, de Champlin, et JF Lucas dit Dontigny et Michel Lucas dit Dontigny, faisant tant pour eux que pour Alexis Lucas majeur, leur frère, fils dudit défunt.

Renonçant à cet effet lesdites parties respectivement au bénéfice ou privilège qu'ils ont et pourraient avoir appel de ladite sentence arbitrale [...]»¹⁰³.

L'arbitrage apparaît alors comme une véritable voie de justice alternative. Cette technique peut toutefois également intervenir à la suite d'une décision judiciaire, notamment lorsqu'il s'agit d'un « arbitrage évaluatif »¹⁰⁴. Que ce soit une voie extrajudiciaire ou intrajudiciaire, le rythme de la procédure arbitrale se doit d'être caractérisée par une forte célérité. L'arbitrage volontaire, hors de toute procédure judiciaire, est alors la voie la plus sûre, échappant aux aléas de la justice contentieuse.

Le mieux pour les parties est alors de fixer un échéancier aux arbitres afin de garantir l'exécution rapide de la procédure. Un compromis arbitral entre Guillaume de Ramezay de la ville de Montréal et Guillaume Laserre, de Verchère, prévoit ainsi un délai d'un mois pour rendre l'arbitrage¹⁰⁵ alors que le litige porte simplement sur une dette relative à la vente de fourniture. Toutefois, il faut souligner que malgré le choix de deux notaires en tant qu'arbitres en l'espèce, la sentence arbitrale ne sera effectivement instrumentée au profit de Louise de Ramezay qu'un an et demi plus tard¹⁰⁶. Nous n'avons pas relevé, dans les différents fonds analysés, la trace d'une clause garantissant un délai rapide sous peine d'amende.

La motivation première invoquée par les parties dans les actes d'arbitrage est d'éviter tout procès¹⁰⁷. Comme nous l'avons évoqué, la rapidité motive également en grande partie l'intérêt des parties pour cette technique. Si les arbitres sont invités à rendre leur décision le plus rapidement possible, les parties s'engagent en contrepartie à remettre en leurs mains l'ensemble des pièces justificatives de leurs prétentions¹⁰⁸. Toutefois, certaines sentences arbitrales sont parfois remises en question par les parties elles-mêmes qui estiment que l'arbitrage a

103. BANQM, MFILM 3523, 7 novembre 1744, J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl).

104. Il en est ainsi de la décision arbitrale du 10 mai 1749 qui faisait suite à des sentences et arrêts du Conseil Souverain du 11 août 1746 confirmée par un arrêt du Conseil du 18 mars 1748 obligeant au paiement de 608 livres à titre de douaire ; BANQM, MFILM 2435, 10.05.1749, F. Simonnet (Mtl).

105. BANQM, MFILM 2437, 9 juin 1753, F. Simonnet (Mtl).

106. BANQM, MFILM 2437, 23 décembre 1754, F. Simonnet (Mtl).

107. BANQM, MFILM 3523, 7 nov. 1744 J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl).

108. « Les parties leur confèrent pouvoirs de juger et terminer leurs différends sur pièces et procédures qu'ils promettent respectivement leur mettre ès mains [...] afin que lesdits sieurs arbitres puissent rendre leurs jugement arbitral le plutôt que faire se pourra » ; BANQM, MFILM 3523, 7 mars 1744 J.-B. Adhémar dit St Martin (Mtl) ; Sentence arbitrale entre Marguerite Cullerier, veuve de Louis Decarry et Noel Toupin (et Marie Françoise Navers, son épouse).

été déficient. Ainsi, le 23 décembre 1754 est rendue une sentence arbitrale en matière commerciale au profit de Louise de Ramezay, contre Guillaume Lacerre. L'arbitrage est alors le fait de François Simonnet et Gervais Hodiesne, arbitres nommés par les parties par l'acte fait devant le lieutenant général civil et criminel de Montréal en date du 27 juillet 1753. Cette nomination officielle est prise en vertu de l'arrêt du Conseil supérieur de Québec du 26 février 1753 et de l'arrêt en interprétation du 7 mai 1753 :

[...] le tout aux fins de réviser leurs comptes de sociétés au sujet du Moulain et Cie ainsi qu'il appert par la sentence arbitrale du 9 juin 1752, laquelle a été mise à néant par le premier susdit arrêt et sans avoir égard à la susdite sentence [...] ¹⁰⁹

Les parties – et les arbitres – trouvent des erreurs qu'ils avaient faites dans leurs comptes, ayant omis de mettre en recette ce qu'ils avaient mis en dépense, « ce qui est cause des erreurs si considérables qui se (re)trouvent dans ladite sentence arbitrale et qui ont fait de Mademoiselle de Ramezay la débitrice ». Un nouveau compte établi fait au contraire de Lacerre le débiteur de 1202 livres et 16 sols.

Les questions de famille occupent une place importante dans les arbitrages de cette période. Cela ne peut étonner. Les membres d'une même famille en conflit se tournent spontanément vers l'arbitre par excellence : le notaire lorsque le recours aux membres de la famille n'est pas possible. Il apporte à la fois une connaissance juridique, est au contact de la famille depuis longtemps et est gage d'impartialité. Dix arbitrages relatifs à ces questions figurent dans les fonds étudiés, dont deux portant sur la reddition de comptes de tutelles, deux relatifs à des communautés de bien *stricto sensu* – une liquidation et une renonciation – et six affaires relatives à la liquidation de succession dont deux entraînent une reddition de compte et une dissolution d'une communauté précédente.

Les questions de dettes et d'obligations sont également très importantes en volume dans ces arbitrages. Sept concernent des obligations portant sur des biens meubles – un contrat de transport, une rente viagère, une dette relative à des fournitures de traite, une dette commerciale, une donation, une évaluation de dommages et intérêts et une créance privilégiée – et six portent sur des obligations liées à des biens immeubles. Ces dernières affaires se décomposent en un compte

109. *Ibid.*

d'exploitation de terres, une dette relative au paiement d'une soulte consécutive à la vente d'une terre, un litige relatif à un contrat de bail, un différend concernant la vente d'une terre et un litige afférent à un partage de terre. Ainsi, les arbitrages faisant suite au non-respect d'obligations sont les plus importants, devant les affaires de famille, ce qui ne peut étonner au vue de la grande disparité d'affaires que regroupe cette catégorie. Enfin trois affaires traitent de questions de servitudes (clôture, égouts d'eaux, arpentage) et quatre portent sur de simples estimations, évaluations laissées aux hommes de l'art, dont l'une concerne toutefois un avancement d'hoirie.

Sur les vingt neuf actes dont il a été possible de déterminer la matière, les affaires de familles représentent 34 %, les obligations meubles 24 %, les arbitrages relatifs à des obligations portant sur des biens immeubles 20,5 %, les servitudes 10 % et les arbitrages consistant à de simples évaluations matérielles 10 %. Trois éléments peuvent être soulignés. L'importance des affaires de familles peut s'expliquer par le droit positif qui enjoignait aux parties de soumettre à l'arbitrage familial les partages et divisions des comptes familiaux, c'est-à-dire les comptes de tutelles, de succession, de communauté ainsi que les questions d'administration de dot et de douaire. On peut souligner le faible nombre d'actes relatifs aux questions de servitude qui peut s'expliquer par l'absence d'intérêt véritable – hormis la preuve écrite – à faire instrumenter par le notaire ce type d'arbitrage. La pression sociale, la tradition villageoise suffisait vraisemblablement à garantir le respect et le rappel de sentences arbitrales bien souvent rendues par les habitants eux-mêmes¹¹⁰.

III. CONCLUSION

La place importante des notaires au sein de cette société de la Nouvelle-France et le recours oublié à l'arbitrage notarié montre que les réalités actuelles de la profession notariale et les outils de son évolution moderne se trouvaient déjà au cœur de la genèse du corps notarial. Après la période cruciale de la Conquête, le notariat connaîtra une révolution culturelle par la possibilité d'exercer concomitamment les fonctions de notaire et d'avocat, jusqu'en 1785. Après la période de la mise en place du Régime britannique, l'arbitrage subsistera devant les juridictions, dans les greffes de notaires mais aussi à travers l'institution des

110. Durant le régime britannique, le recours à la Cour des prérogatives, qui aura recours parfois à l'arbitrage comme résolution des différends, prendra le relais de cette pratique ; voir D. Gilles, « Le notaire médiateur, conciliateur des traditions juridiques (1760-1785) », *supra* note 14.

juges de paix¹¹¹, qui vont assurer la continuité de la pratique. Le recours aux juristes d'origine française s'avère alors capital du point de vue des juridictions britanniques, qui vont user de ces relais concomitamment à la procédure du jury pour assurer leurs assises dans la Province¹¹². Les notaires – bien souvent également avocats durant les années 1764-1785 – montrent qu'ils savent s'adapter mais aussi transmettre une tradition juridique. Si leur rôle de médiateur connaît une période-phare avant l'adoption de l'Acte de Québec de 1774¹¹³, il faudra attendre l'impulsion de la Cour d'appel du Québec et l'évolution récente de notre système juridique afin de voir à nouveau l'accent mis sur ce rôle – pourtant historique – du notaire québécois.

En effet, si aujourd'hui la figure du notaire-médiateur semble faire partie du paysage juridique québécois, la réalité des frontières de la médiation notariale demeure difficile à cartographier. En effet, l'importance du rôle que le notaire peut être amené à jouer, en tant que médiateur, est essentiellement soulignée dans une perspective prospective. Le notariat a souvent présenté la médiation comme une voie prometteuse de développement. Plusieurs notaires ont ainsi mis l'accent sur cette piste à explorer dans le futur. Historiquement, nous venons de le voir, de part sa place dans les familles, le notaire pouvait légitimement apparaître comme un médiateur « naturel » des différends particulièrement en matière familiale¹¹⁴. Néanmoins, il semble que la confrontation à la pratique est moins évidente¹¹⁵. Aujourd'hui les notai-

111. Sur ces questions, voir l'admirable ouvrage de Donald Fyson, *Magistrats, police et société. La justice criminelle ordinaire au Québec et au Bas-Canada (1764-1837)*, Hurtubise, coll. Histoire, Cahiers du Québec, 2010 aux pp. 80-175.

112. D. Gilles, « Le notaire médiateur, conciliateur des traditions juridiques (1760-1785) », *supra* note 14.

113. *Ibid.*

114. S'agissant du statut contemporain du notaire, Jacques Beaulne tient à souligner « l'important rôle de conciliateur du notaire, qui se doit, de par ses fonctions, d'amener l'accord de volontés entre des personnes dont les intérêts ne sont pas toujours les mêmes, tout en conservant une impartialité exemplaire » ; Jacques Beaulne, « Le notariat québécois » dans Léon Racent (dir.), *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Université catholique de Louvain, Centre de droit patrimonial de la famille, Louvain-la-Neuve, ACADEMIA Edition et Diffusion, 1991, vol. 1, à la p. 275. Voir François Crête, « Le notaire et la médiation familiale » dans Lisette Laurent-Boyer (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp. 145 et s.

115. Ainsi, chaque année le nombre de notaires accrédités en matière de médiation civile et commerciale ne cesse de baisser, pour atteindre 17 en 2009 (chiffres communiqués par la Chambre des notaires), le site du Barreau du Québec donnant les coordonnées d'avocats médiateurs dans les mêmes matières permet d'en comptabiliser plus de 600 à travers le Québec. Cette disproportion est moindre pour les médiateurs référencés par l'IMAQ où les coordonnées de 15 notaires sont dispo-

res peinent encore à se faire reconnaître véritablement cette compétence aux yeux du public¹¹⁶. Le déploiement de cette activité par la profession semble relever, pour partie, d'une posture velléitaire, malgré son antériorité historique.

nibles contre 70 pour les avocats. Site consulté le 16 juin 2010 : <<http://www.imaq.org>>.

116. Plusieurs hypothèses peuvent être formulées pour tenter de comprendre pourquoi la médiation notariale demeure relativement marginale. La concurrence des avocats est à prendre en considération. Outre le fait que les avocats sont susceptibles eux aussi d'agir comme médiateurs accrédités, particulièrement en matière civile et commerciale, il semble que par ailleurs l'intérêt de la profession n'encourage pas ses membres à insérer des clauses de médiation dans les conventions conclues par leurs clients. Enfin, la question de la rentabilité de l'acte semble cruciale, plusieurs témoignages semblant montrer dans le faible coût de la rémunération un obstacle majeur au développement de l'activité ; pour une analyse de cette réalité dans la profession de nos jours, voir notre étude à paraître, D. Gilles et E. Guilhermont, *supra* note 4.