



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Lutte antitabac : approches internationales et comparées.
Cas de la Suisse et du Canada

Zied Ghedira

La vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant
au Québec : de Paris à Pérodeau, d'étranger à héritier,
les affections présumées mises à l'épreuve du temps

Andréanne Malacket

Ab ovo (dès l'origine) : la *Loi concernant le cadre
juridique des technologies de l'information*, les documents
technologiques et le cadre conceptuel de la preuve judiciaire

Charles-Maxime Panaccio

LES PAGES DU CDACI

Responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires :
quelques observations sur l'arrêt *Ponce c. Société
d'investissements Rhéaume ltée*

Stéphane Rousseau

LES PAGES DU CRDP

Réflexion sur l'effectivité de l'obligation de divulgation
d'incidents de sécurité en droit québécois

Nicolas Vermeys

La vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant au Québec : de Paris à Pérodeau, d'étranger à héritier, les affections présumées mises à l'épreuve du temps

Andréanne MALACKET*

**The Surviving Spouse's Legal Heirship in Quebec: From Paris to Pérodeau,
from Stranger to Heir, Presumed Affections Put to the Test of Time**

**La vocación sucesoria *ab intestat* del cónyuge superviviente en Quebec:
de París a Pérodeau, de extraño a heredero, los afectos
presuntos puestos a prueba por el tiempo**

**A vocação sucessória *ab intestat* do cônjuge supervivente no Québec:
de Paris a Pérodeau, de estrangeiro a herdeiro, os afetos
presumidos postos à prova do tempo**

魁北克法律中未亡配偶的无遗嘱继承权：从巴黎习惯法到佩罗多法、
从陌生人到继承人 时间维度考察“推定感情”

* LL.D. L'auteure est professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Cet article synthétise pour la première fois et d'une manière inédite certains développements figurant à la thèse de doctorat de l'auteure: Andréanne MALACKET, *Des règles de dévolution légale en droit québécois: perspectives socio-historiques pour une reconnaissance de la vocation successorale ab intestat du conjoint de fait survivant*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, 2018 [non publiée]. L'auteure souhaite dédier ce texte, consacré au droit des successions et aux affections présumées, à sa belle-maman Suzanne Thibodeau-Gervais, qui s'est éteinte beaucoup trop tôt au crépuscule de l'année 2021.

Résumé

Ce texte présente un portrait historique de la vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant en ce territoire, à la lumière du fondement des affections présumées. Il a pour objet d'éclairer le lecteur face à ce qu'ont été, depuis la Nouvelle-France jusqu'au début du XX^e siècle, ces affections présumées – celles qu'on prête à un défunt type à l'égard de sa famille – afin de déterminer la dévolution *ab intestat* des biens. S'agissant de parfaitement saisir la teneur du droit actuel, ce texte en dresse la genèse, alors qu'une réforme du droit de la famille, susceptible de modifier les règles de droit successoral, est en cours au Québec. Il examine notamment le statut conféré à l'époux survivant à l'époque de la Nouvelle-France, qui d'étranger dangereux dans la Coutume de Paris, accèdera au statut de légataire avec l'Acte de Québec, puis éventuellement à celui de successeur irrégulier en 1866 au moment de la codification des lois du Bas-Canada, pour faire place à une véritable position d'héritier légitime en 1915, avec l'adoption de la *Loi Pérodeau*.

Resumen

Este texto presenta un retrato histórico de la vocación sucesoria *ab intestat* del cónyuge superviviente en este territorio, a la luz del fundamento de los afectos presuntos. Su propósito es ilustrar al lector sobre cuáles fueron, desde la época de la Nueva Francia hasta principios del siglo XX, estos afectos presuntos – los atribuidos a un típico difunto respecto de su familia – para determinar la transmisión *ab intestat* de bienes. Con el fin de comprender completamente el contenido del derecho actual, este texto traza su génesis,

Abstract

This text presents a historical portrait of the surviving spouse's inheritance rights in this territory, in light of the foundation of "presumed affections". Its purpose is to enlighten the reader as to what these presumed affections – those attributed to a typical deceased person with respect to his or her family – were, from New France until the beginning of the 20th century, to establish the intestate devolution regime. In order to fully grasp the content of the current law, this text traces its genesis whereas a reform of family law, which could modify the rules of legal devolution of successions, is underway in Quebec. It examines the status conferred on the surviving consort in the days of New France, who went from being a dangerous stranger in the Custom of Paris to legatee within the *Quebec Act*. Then he became an irregular successor in 1866 at the time of the codification of the laws of Lower Canada, to make way for a true position of lawful heir in 1915 with the adoption of the *Pérodeau Bill*.

Resumo

Este texto apresenta um retrato histórico da vocação sucessória *ab intestat* do cônjuge supervivente neste território, à luz do fundamento dos afectos presumidos. Tem por objeto esclarecer o leitor quanto ao que têm sido, desde a Nova França até o começo do século XX, esses afectos presumidos – atribuídos ao falecido em relação à sua família – a fim de determinar a devolução *ab intestat* dos bens. Tratando-se de captar perfeitamente o conteúdo do direito atual, este texto traça sua gênese, agora que está em curso

mientras que una reforma del derecho de familia, susceptible de modificar las reglas del derecho de sucesiones, se lleva a cabo en Quebec. Se examina en particular el estatuto conferido al cónyuge superviviente en la época de la Nueva Francia, quien, de extraño peligroso en la Costumbre de París, accederá al estatuto de legatario con el *Acta de Quebec*, y luego, eventualmente, al de sucesor irregular en 1866, cuando se codificaron las leyes del Bajo Canadá, para dar paso a una verdadera posición de heredero legítimo en 1915, con la adopción de la *Ley Pérodeau*.

no Québec uma reforma do direito de família, suscetível de modificar as regras do direito sucessório. Examina-se notadamente o status conferido ao cônjuge supervivente à época da Nova França, que, de estrangeiro perigoso no Costume de Paris, acederá ao status de legatário com o *Ato de Québec*, depois eventualmente àquele de sucessor irregular em 1866, no momento da codificação das leis do Baixo Canadá, para dar lugar a uma verdadeira posição de herdeiro legítimo em 1915, com a adoção da *Lei Pérodeau*.

摘要

本文根据“推定感情”基础，对该地区未亡配偶的无遗嘱继承权进行历史描述。目的是让读者了解，从新法兰西时期到二十世纪初用于确立无遗嘱继承制度的、这些我们认为典型死者对其家庭具有的“推定感情”是指什么。魁北克省正在进行家庭法改革，可能会修改继承法规则。为了充分掌握现行法律的内容，本文旨在概述继承法规则之起源。本文着重研究新法兰西时代赋予未亡配偶的地位：其从“巴黎习惯法”中的危险陌生人变成了《魁北克法案》中的受遗赠人。然后，在1866年《下加拿大法律编纂》时，未亡配偶最终变成非常规继承人；到1915年《佩罗多（Pérodeau）法》通过时，未亡配偶则获得真正的合法继承人地位。

Plan de l'article

Introduction	55
I. Première vague, la Nouvelle-France : l'époux survivant étranger en droit coutumier parisien	58
II. Deuxième vague, l'Acte de Québec : l'époux survivant légataire dans la colonie britannique	68
III. Troisième vague, le droit codifié : l'époux survivant, de successeur irrégulier à héritier légitime dans le Bas-Canada ...	74
A. Onde initiale : l'époux, successeur irrégulier.....	74
B. Onde seconde : l'époux, héritier légitime.....	86
Conclusion	94

En mai 2023, l'Organisation mondiale de la santé annonçait la levée de l'état d'urgence sanitaire mondial lié à la pandémie de Covid-19, laquelle sévit depuis plus de trois ans et a bouleversé l'ensemble de nos certitudes. Bien que l'espoir d'une fin de pandémie se profile maintenant à l'horizon, cette dernière aura laissé sur son passage de trop nombreuses victimes. Des victimes, des cas, des vagues qu'on ne compte plus. Tout comme les morts qui, à l'échelle planétaire, sont désormais innombrables. Chaque mort, chaque belle-maman¹, mérite néanmoins qu'on lui rende hommage. Parce que chacun nous ramène à l'essentiel. À l'importance de la vie, de ses beautés et des privilèges qu'elle procure. À l'importance de la famille, de nos familles, de nos enfants, de nos conjoints. De l'être aimé. Des affections qu'on lui porte. Et pour la juriste que je suis, ils me font réfléchir à nos affections présumées – ces affections que l'on prête à un défunt type à l'égard des membres de sa famille et qui fondent les règles de dévolution *ab intestat*². Ces affections que le législateur transpose aujourd'hui dans le

¹ Bien qu'intimiste, cette mention-hommage à l'intention de belle-maman – qui nous a quittés en 2021 au cœur de la pandémie – vise à illustrer l'humanité qui habite le droit de la famille et des successions, domaines du droit qui sont en cause dans le présent texte. En effet, le droit n'a pas à être anticipé froidement en tout état de cause. Il n'est pas que pure rationalité, contrat, acte authentique ou convention. Parce que c'est bien de votre père, de votre mère, de votre sœur, de votre conjoint, de votre belle-mère, de votre beau-père, dont il peut être question. Le droit peut ainsi s'envisager *in concreto* et avec émotion, particulièrement lorsqu'il est question, comme ici, de traiter des *affections présumées du défunt* à l'épreuve du temps. La pandémie de Covid-19 est en cela une occasion toute particulière d'envisager le droit de la famille et des successions en tant que droit humain et de saisir concrètement en quoi, alors que les morts s'accumulent encore, il est pertinent de traiter du sujet posé – la vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant au Québec. De fait, le sort réservé au conjoint à la suite de la dissolution d'une union est au cœur de nombreuses initiatives depuis la grande réforme du droit de la famille de 1980. Or, cette dissolution est d'emblée entendue au sens de la rupture, de la séparation, du divorce, et peu au sens du décès. L'affaire dont a été saisie la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5 (ci-après «*Éric c. Lola*») illustre un tel constat, la rupture des parties – et non le décès de l'une d'entre elles – ayant provoqué le pourvoi dont fut saisi le plus haut tribunal du pays, lequel est à l'origine de la réforme du droit de la famille qui, actuellement, se dessine. Poser l'enjeu des droits patrimoniaux du conjoint survivant à la suite du décès de l'autre – belle-maman y compris –, notamment à la lumière des règles de dévolution légale, constitue une suite logique et nécessaire aux réflexions suscitées dans l'arrêt *Éric c. Lola*.

² À ce sujet, voir: Germain BRIÈRE, *Précis du droit des successions*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n° 183, p. 133. Nous soulignons que dans l'édition plus récente de ce traité, d'après l'œuvre originale de Germain Brière, mise à jour par la

Code civil du Québec au livre III « Des successions », en particulier au titre troisième « De la dévolution légale des successions »³.

Mais qu'ont été, au fil des époques, ces affections présumées, en particulier face au conjoint survivant? Sont-elles aujourd'hui ce qu'hier elles furent? Alors qu'une réforme du droit de la famille s'est entamée en juin 2022⁴, les règles encadrant la dévolution *ab intestat*, notamment quant au

professeure Christine Morin, le professeur Beaulne réitère que « [l]e législateur s'est en somme efforcé de deviner les degrés d'affection d'un « *de cuius* type », dans des circonstances normales, à l'égard de son conjoint marié ou uni civilement et de chacun de ses parents ». Voir : Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, coll. « Bleue », 5^e éd. par C. MORIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, n° 452, p. 151.

³ D'aucuns pourraient être tentés de prétendre que le fondement des affections présumées revêt, en droit actuel, une fonction davantage symbolique. À mon avis, il n'en est rien. Bien que ce fondement s'en trouve aujourd'hui fortement malmené, particulièrement lorsqu'on envisage le sort réservé au conjoint de fait survivant, il a toujours vocation à fonder les règles de dévolution légale. Dans ses commentaires sur le Code civil, le ministre de la Justice réitère lui-même l'importance du fondement des affections présumées au moment de l'édiction des règles de dévolution légale : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 399. Voir aussi : Jacques AUGER, « Les principes de désignation des héritiers légaux. Unité – proximité – égalité », dans Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, p. 73, aux p. 95 et 96; Andréanne MALACKET, *Des règles de dévolution légale en droit québécois : perspectives socio-historiques des affections présumées, pour une reconnaissance de la vocation successorale ab intestat du conjoint de fait survivant*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, 2018, p. 482 et suiv.

⁴ Le projet de loi 2 portant sur le premier volet de la réforme du droit de la famille québécois a fait l'objet d'une étude détaillée devant la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec en mai 2022, pour finalement être sanctionné : *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, L.Q. 2022, c. 22. La vaste majorité des dispositions portant sur la réforme du droit de la famille ont toutefois été retirées du projet de loi 2 avant son adoption, pour des raisons de stratégie politique. Le ministre de la Justice s'est toutefois alors engagé à présenter à nouveau un projet de loi sur la réforme du droit de la famille à la suite de l'élection éventuelle de son gouvernement en octobre 2022 qui, de fait, aura été réélu. En février 2023, un nouveau projet de loi – le projet de loi 12 – a donc été déposé. Il a été adopté par l'Assemblée nationale du Québec le 31 mai 2023, puis sanctionné le 6 juin 2023, scellant la réforme du droit de la filiation : *Loi portant sur la réforme du droit de la famille, en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*, L.Q. 2023, c. 13.

sort réservé au conjoint survivant, paraissent mériter une attention toute particulière. Or, pour saisir la véritable teneur du droit d'aujourd'hui et bien anticiper celui de l'avenir, il est nécessaire de connaître les fondements de ce droit, en plus de comprendre ce que jadis, il fut⁵. C'est d'une telle perspective historique dont le présent texte se saisit, depuis Paris jusqu'à Pérodeau⁶. Il s'agira d'abord d'examiner le statut conféré à l'époux survivant⁷ à l'époque de la Nouvelle-France (1), qui d'«étranger dangereux»⁸ dans la Coutume de Paris, accèdera au statut de légataire avec l'*Acte de Québec* de 1774⁹ (2), puis éventuellement à celui de successeur irrégulier, en 1866, au moment de la codification des lois du Bas-Canada, laquelle «irrégularité» fera place à une véritable position d'héritier légitime avec l'adoption de la *Loi Pérodeau*¹⁰ en 1915 (3).

⁵ La professeure Pratte écrivait que «le présent prend racine dans le passé et porte en lui les germes de l'avenir. Comprendre d'où il vient et comment il s'est formé permet donc de mieux se projeter vers demain.» : Marie PRATTE, «La situation juridique de la famille de 2020. Liberté, égalité, solidarité?», dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), avec la collab. de Élisabeth COUTU, *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 401, à la p. 402.

⁶ Je précise d'emblée que ce texte ne prétend pas traiter des travaux d'histoire sociale sur la transmission du patrimoine au décès, pas plus qu'il ne se penche sur l'effectivité des règles de dévolution légale. Il s'intéresse à la dogmatique empruntée par le législateur dans l'édition des règles de dévolution légale, notamment à l'égard du sort réservé au conjoint survivant, avec pour objectif de présenter le droit d'hier pour mieux saisir le droit d'aujourd'hui, voire anticiper le droit de demain : à ce sujet voir M. PRATTE, *id.*

⁷ À moins que le contexte ne s'y oppose, j'utiliserai le masculin pour alléger le texte.

⁸ Le vocable «étranger dangereux» est utilisé par la professeure Castelli dans sa thèse de doctorat : Mireille D. CASTELLI, «L'évolution du droit successoral en France et au Québec», (1973) 14 *C. de D.* 411, 413.

⁹ *An Act for making more effectual Provision for the Government of the province of Quebec in North America*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.) (ci-après «*Acte de Québec*»).

¹⁰ *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74 (ci-après «*Loi Pérodeau*»).

I. Première vague, la Nouvelle-France : l'époux survivant étranger en droit coutumier parisien

En Nouvelle-France, la Coutume de Paris¹¹ envisage la « vocation successorale »¹² de l'époux survivant de manière marginale, ce dernier n'étant préféré au fisc qu'en l'absence d'héritiers par le sang¹³. Aux termes des règles

¹¹ La Coutume de Paris est promulguée comme source officielle du droit en 1664, à l'instigation de l'intendant Colbert par le truchement de l'article XXXIII de l'*Édit d'établissement de la Compagnie des Indes occidentales*. Voir *Édits, ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 46, en ligne : <books.google.ca/books?id=4IMDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Devenue droit commun en Nouvelle-France, la Coutume de Paris s'appliquera sans interruption jusqu'à la conquête de la colonie par la couronne britannique, en 1760. Voir : André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, LGDJ, 1960, n° 19, p. 20 et 21 ; Yves F. ZOLTIVANY, « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25-3 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 365, 367 ; M. D. CASTELLI, préc., note 8, 419 ; Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 72 et 73.

¹² Encore qu'il ne soit pas certain qu'on puisse ici parler de « vocation successorale » au sens véritable, l'époux survivant étant presque totalement exclu.

¹³ Cela paraît en effet être une pratique coutumière établie, bien que la stricte lettre de la Coutume de Paris ne paraisse pas le mentionner. À ce sujet, le professeur Olivier-Martin écrit que l'époux survivant était admis comme successeur irrégulier de son conjoint : « Les pays de droit écrit avaient reçu l'édit *unde vir et uxor* et admettaient le conjoint survivant à la succession de son époux décédé sans héritiers. Un article du premier Projet de la coutume de 1580 tenta d'introduire le droit de succession du conjoint survivant ; mais il disparut du second Projet et de la rédaction définitive. Ce ne fut pas sans doute un oubli. Cependant la jurisprudence du Parlement de Paris reçut dès 1582, et non sans une vive opposition, l'édit *unde vir et uxor*. Depuis, le droit du conjoint survivant, probablement admis par hostilité contre le droit de déshérence, ne fut plus contesté. Un arrêt jugea même que la veuve remariée gardait son droit. » Voir : François OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, Paris, Cujas, 1972, p. 475. En outre, Pothier précise : « Ce n'est que par droit singulier et pour exclure le fisc qu'un survivant de deux conjoints qui ne sont point parents, est admis à succéder au prédécédé, à défaut de parents ; quand il y en a, il est étranger à cette succession, et ne peut point avoir le droit d'exclure les parents. » Voir : Robert-Joseph POTHIER, *Cœuvres posthumes de M. Pothier*, t. II, Paris, De Bure, 1778, p. 155. Voir aussi la nouvelle édition, considérablement augmentée, de François BOURJON, *Le droit commun de la France, et la Coutume de Paris, réduits en principes*, t. I, Paris, Grangé/Cellot, 1770, p. 793 et 978 ; R.-J. POTHIER, *id.*, p. 154, 248 et 249 ; M. DUPIN, *Cœuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. VII, Paris, Bichon-Béchet, 1827, p. 16.

de dévolution légale, c'est donc la famille dite « légitime »¹⁴ qui succède au défunt dès lors qu'on retrouve une « trace de consanguinité », sans aucune limitation de degré¹⁵, les successions étant d'abord dévolues aux descendants, puis aux ascendants, et enfin aux collatéraux, suivant un classement par ordres et degrés¹⁶. Étant considéré comme un étranger de la famille, l'époux survivant devait ainsi utiliser d'autres mécanismes afin de bénéficier d'une certaine protection, dont les avantages découlant de son régime matrimonial¹⁷, ou le douaire pour la femme mariée, lequel consistait essentiellement en un droit de survie destiné à pallier la quasi-absence de vocation successorale entre époux :

Par le droit civil, la femme qui avait été mariée sans dot concourait avec ses enfants dans la succession de son mari et y avait une part, ce que le droit français a rejeté et à quoi il a pourvu par l'établissement du douaire ; établissement

¹⁴ Les « bâtards » – tel était alors le vocable utilisé – étaient considérés comme incapables de succéder *ab intestat* à leurs parents naturels (si on exclut l'hypothèse de leur légitimation subséquente par le mariage de leurs parents). Voir : F. BOURJON, *id.*, p. 23 et 806.

¹⁵ F. OLIVIER-MARTIN, *préc.*, note 13, p. 456.

¹⁶ À cet égard, l'article 318 de la Coutume de Paris prescrit : « CCCXVIII. *Le plus proche parent est saisi à l'instant du décès.* Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder. » Notons que les ascendants succédaient avant les collatéraux en ce qui concerne les biens meubles et les acquêts, les biens propres étant dévolus selon des règles particulières, en particulier la réserve des quatre-vingts : voir *infra*. De même, à l'intérieur de chaque ordre de succession, on respectait la proximité du degré. La représentation était toutefois admise à l'infini en ligne directe descendante, alors qu'elle ne l'était pas en ligne directe ascendante. Quant aux collatéraux, la représentation était admise au second degré, en faveur des neveux et nièces (art. 319 et 320 de la Coutume de Paris). Voir : F. BOURJON, *préc.*, note 13, p. 793, 816-817, 914, 936, 941 ; F. OLIVIER-MARTIN, *préc.*, note 13, p. 463-467 et 469-471.

¹⁷ Au décès de l'autre, l'époux survivant – homme ou femme – pouvait en effet se prévaloir des avantages non négligeables conférés par son régime matrimonial en matière de *partage* des biens, notamment ceux découlant de la communauté de biens, s'agissant du régime matrimonial légal en l'absence de choix exprès des époux (art. 220 de la Coutume de Paris). Dans la mesure prévue par son contrat de mariage, le survivant pouvait aussi par exemple bénéficier d'un droit de préciput. Les époux pouvaient également se consentir un « don mutuel », sous certaines conditions. En matière de *transmission* des biens, il n'en demeure pas moins que le conjoint survivant n'était pas un héritier légal et qu'au surplus, il ne pouvait être avantagé par testament : voir *infra*. Sur ces derniers sujets, voir notamment : John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, n° 336, p. 332 ; C. MORIN, *préc.*, note 11, p. 77 et 78.

dont la sage prévoyance s'étend même sur les enfants, et par conséquent plus salutaire que celle du droit civil.¹⁸

Plus spécialement, le douaire était dit « coutumier » ou « légal » lorsque découlant de la loi et « préfix » ou « conventionnel » lorsque prévu par contrat de mariage¹⁹. Il consistait en un droit d'usufruit de la veuve sur une portion des biens du mari, garanti par hypothèque légale et s'ouvrant à la mort naturelle du mari²⁰. Il se prolongeait jusqu'au décès de la veuve, après quoi les biens le composant étaient remis aux enfants, jusque-là investis de la nue-propriété²¹. En cela, bien que bénéficiant *a priori* à la femme mariée, le douaire relevait d'une conception résolument familialiste, voire « lignagère »²², du droit successoral, le droit de propriété des biens constituant le douaire devant ultimement se retrouver dans les mains des enfants²³ et, à

¹⁸ F. BOURJON, préc., note 13, p. 816.

¹⁹ Les époux avaient donc notamment la possibilité de modifier l'assiette des biens sur lesquels porterait le douaire par contrat de mariage. Ils pouvaient même carrément exclure le douaire. En l'absence de précision au sujet du douaire dans leur contrat de mariage, ou en l'absence de contrat de mariage, le douaire coutumier s'appliquait. Voir : F. BOURJON, préc., note 13, p. 717, 720 et 721 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 302 et 303. Précisons en outre que le contrat de mariage devait être conclu avant le mariage et était immuable : Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 176-178.

²⁰ Par exemple, en cas de premier mariage, le douaire coutumier portait sur la moitié des immeubles possédés par le mari au jour du mariage, de même que sur la moitié des immeubles échus à lui par succession ou donation en ligne directe pendant le mariage. Voir : F. BOURJON, préc., note 13, p. 717 et 724 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 304-306. Voir aussi : Mireille D. CASTELLI, « Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution », (1979) 20 *C. de D.* 315, 319 et 320 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 76 et 77.

²¹ F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 308. Notons en outre que le douaire des enfants entraîne l'annulation des libéralités entre vifs et suppose l'impossibilité pour le mari de l'altérer par testament : *id.*, p. 383.

²² J'emprunte l'expression à la professeure Castelli (M. D. CASTELLI, préc., note 8, 413-417), expression qu'elle oppose aux conceptions « personnelle » et « conjugale » du droit successoral, qui viendront plus tard.

²³ C'est d'ailleurs ce qu'en disent les professeures Castelli et Morin. Plus spécialement, la professeure Castelli écrit : « L'octroi du douaire à l'épouse constituait donc une exception dans ce contexte de méfiance et de rejet du conjoint et lorsque l'on voit les droits concédés à l'épouse par le douaire, on ne peut être que surpris. Mais l'on regarde les droits que cette même institution accordait aux enfants et son origine, on peut alors constater qu'elle ne constitue que la déviation d'une institution plus ancienne en

défaut, dans celles de la famille lignagère du mari, par opposition à celle de l'épouse²⁴.

Par ailleurs, il faut noter que la Coutume de Paris limitait très fortement la liberté de tester du *de cuius*, établissant d'entrée de jeu, à son article 299, qu'« institution d'héritier n'a lieu », le testateur ne pouvant valablement disposer que de la quantité de biens permise par la coutume²⁵. La liberté

favorable de la famille et que, toute favorable à la femme qu'elle soit, cette institution témoigne elle aussi de l'emprise qu'avait alors la famille sur le patrimoine de ses membres. » Voir : M. D. CASTELLI, préc., note 20, 317 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 77. Il faut toutefois savoir qu'aux termes des articles 250 et 251 de la Coutume de Paris, les enfants ne pouvaient pas cumuler les qualités de douairier et d'héritier, devant choisir entre l'une ou l'autre de ces qualités. Aussi s'ils choisissaient la qualité de douairier, le fonds du douaire leur appartenait libre de toutes dettes contractées pendant le mariage. L'on disait ainsi qu'il s'agissait de la dernière « table de naufrage » pour eux, la succession ne s'étant pas avérée avantageuse. Au contraire, s'ils choisissaient la qualité d'héritier et acceptaient la succession, le fonds du douaire leur appartenait également, mais à titre de bien héréditaire et à charge des dettes, retombant dans le patrimoine de la succession comme il l'était en quelque sorte au départ. À ce sujet, voir : F. BOURJON, préc., note 13, p. 716, 737 et 738 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 385 et 386.

Nous reproduisons en outre les articles 250 et 251 de la Coutume de Paris :

CCL. *Le douaire appartient aux enfants renonçant, sans charge de dettes, et n'y a droit d'aînesse.* Si les enfants venant dudit mariage, ne se portent héritiers de leur père, et s'abstiennent de prendre la succession en ce cas, ledit douaire appartient auxdits enfants, purement et simplement, sans payer aucunes dettes, procédant du fait de leur père, créés depuis leur mariage. *Et se partit le douaire, soit préfix ou coutumier, entre eux, sans droit d'aînesse ou prérogative.*

CCLI. *Ne peut être héritier et douairier ensemble. Nul ne peut être héritier et douairier ensemble, pour le regard du douaire coutumier ou préfix.*

²⁴ M. D. CASTELLI, préc., note 20, 325. Voir aussi : F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 309.

²⁵ Au sujet de l'article 299 de la Coutume de Paris, François Olivier-Martin écrit que « c'est désavouer, dans ses termes mêmes, la tradition romaine et traduire en termes juridiques la maxime de Glanville au XII^e siècle : “*Deus solus heredem facere potest, non homo*” [version : Dieu seul peut faire un héritier, et non l'Homme]. Le testament ne peut s'appliquer qu'à certains biens de la succession ; il n'a pas la puissance de faire un héritier [il ne fait qu'un légataire]. Seule la coutume le peut. » Voir : François OLIVIER-MARTIN, *La Coutume de Paris. Trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Sirey, 1925, p. 71. Il faut toutefois savoir que la volonté du *de cuius* pouvait jouer un rôle non négligeable vu sa faculté de créer une institution contractuelle irrévocable par contrat de mariage. On pouvait alors mettre de côté, là où les familles respectives des futurs époux le jugeaient opportun, les règles de la Coutume de Paris, le contrat de mariage participant d'un véritable pacte entre deux familles. La Coutume de Paris est toutefois muette sur la question des institutions contractuelles,

de tester y était ainsi réduite telle une peau de chagrin, notamment par la réserve des quatre-quints et par la légitime, deux mécanismes voués au maintien des biens dans le patrimoine de la famille²⁶, à l'exclusion de l'époux survivant. En cela, la Coutume de Paris consacrait la prévalence d'une conception lignagère de la dévolution des biens, lesquels devaient être retournés à leurs auteurs et à leurs lignées d'origine.

D'une part, par la réserve des quatre-quints, les héritiers légitimes²⁷ pouvaient réclamer que leur soient dévolus les quatre cinquièmes des « biens propres » du défunt se trouvant dans leur ligne²⁸, essentiellement constitués des « quatre-quints » des biens de famille immeubles appartenant à

s'agissant d'un procédé qui s'est développé en jurisprudence. Voir : F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 449.

²⁶ Il ne faut pas voir, dans l'utilisation de cette expression, l'usage contemporain de la notion de « patrimoine familial » telle qu'elle figure aux articles 414 et suiv. C.c.Q. De fait, je réfère ici au « patrimoine de la famille » au sens de « fortune familiale » de la famille lignagère, qu'on désigne aussi par les mots « vieux bien » dans la tradition québécoise. Voir : BENOÎT GRENIER, *Seigneurs campagnards de la Nouvelle France. Présence seigneuriale et sociabilité rurale dans la vallée du Saint-Laurent à l'époque préindustrielle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 73.

²⁷ Plus spécialement, il s'agit des descendants et des collatéraux légitimes du défunt, les ascendants ne paraissant pas avoir bénéficié de la réserve aux termes des articles 312 et 313 de la Coutume de Paris, lesquels prévoyaient que les propres ne remontent point, sauf en ce qui concerne les biens propres naissants et les biens donnés par les parents à leurs enfants si ces derniers ne laissent aucune postérité. Voir : F. BOURJON, préc., note 13, p. 920 et 921 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, C. Théorêt, 1897, p. 318. Cela dit, malgré le libellé de la coutume, le professeur Olivier-Martin indique qu'en l'absence de frères et sœurs, les biens propres remontaient et allaient aux père et mère, et non aux autres collatéraux plus éloignés, les collatéraux plus éloignés recevant ceux-ci en l'absence de descendants, frères, sœurs, père et mère du *de cuius* : F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 412 et 413.

²⁸ En matière successorale, les biens faisaient en effet l'objet d'une première qualification de meubles ou d'immeubles, puis pour les immeubles, d'une seconde qualification de conquêts/acquêts ou de propres, mais au surplus, quant aux immeubles propres, il fallait opérer une troisième qualification en établissant la provenance des biens eu égard à la ligne paternelle ou maternelle du défunt. Du latin, c'est la règle *Paterna paternis, materna maternis* qu'imprimait la Coutume de Paris. Au moment de la codification de 1866, les commissaires relèvent ainsi 12 espèces de biens différentes dans la Coutume de Paris. À ce sujet, voir : CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, *Code civil du Bas-Canada. Quatrième et cinquième rapports*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 110 ; Charles DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. 5, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1880, p. 94 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 73.

leur ligne²⁹. La Coutume de Paris distinguait en cela les biens en fonction de leur nature – meuble ou immeuble – et de leur origine – propre ou acquêt³⁰, avec pour résultat la formation de plusieurs masses successorales indépendantes – plusieurs patrimoines distincts – les biens, propres, les composant devant retourner à leur lignée d’origine dans une proportion de 80 %³¹. D’autre part, la légitime réservait une portion des biens de la succession aux enfants légitimes du défunt, voire aux petits-enfants par représentation³². Contrairement à la réserve des quatre-vingts, l’assiette sur laquelle reposait la légitime était plus généreuse, s’étendant au-delà des « biens propres »³³. Calculée fictivement en considérant la plupart des biens du *de cuius*, elle représentait la moitié de la portion héréditaire que les enfants auraient obtenue si leur père ou mère n’en avait autrement disposé³⁴, devant

²⁹ François BOURJON, *Le droit commun de la France, et la Coutume de Paris, réduits en principes*, nouvelle édition, considérablement augmentée, t. II, Paris, Brunet, 1775, p. 313, 315 et 316.

³⁰ P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 255.

³¹ Le principe de l’unité de la succession n’existait pas. Pour expliquer en termes plus familiers la gymnastique opérée, Mignault, *id.*, p. 256 et 257, parle de « fente » et de « refente » : « Ainsi, les propres venus au défunt du côté de son père retournaient aux parents paternels ; les propres venus au défunt du côté de sa mère retournaient aux parents maternels. De là la règle : *Paterna paternis, materna maternis*. C’est ce qu’on appelait la fente. On ne s’en tenait pas là : après la fente, venait la refente. Les propres paternels, attribués à la ligne du côté d’où ils étaient venus, se divisaient en deux parts, l’une pour les parents paternels de l’auteur du propre, l’autre pour ses parents maternels. Cette deuxième division faite, si le parent désigné dans chaque ligne pour succéder était prédécédé, les biens afférents à sa ligne étaient de nouveau divisés et attribués, partie à ses parents paternels, partie à ses parents maternels. » Le droit actuel ne connaît plus qu’une forme de fente atténuée, la refente ayant complètement disparu. Voir : Albert MAYRAND, *Traité élémentaire de droit civil. Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 1971, n° 20, p. 17 et 18 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 343.

³² F. BOURJON, préc., note 13, p. 868 et 869 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 390.

³³ Y. F. ZOLTVANY, préc., note 11, 381, explique ceci : « [c]omme la réserve ne s’étendait qu’aux “propres”, elle perdit passablement de son efficacité au cours des XVI^e et XVII^e siècles alors que, par suite des changements économiques que l’on connaît, les meubles et les conquêts formaient une partie toujours croissante des fortunes personnelles. C’est alors qu’un nouveau dispositif, appelé “légitime”, apparut dans le droit parisien pour accorder aux descendants une protection adaptée à ces conditions nouvelles ». Voir aussi : F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 25, p. 73 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 386 et 387.

³⁴ Voir aussi : Y. F. ZOLTVANY, préc., note 11, 381 et 382 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 390 et 391 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 75.

être acquittée en biens héréditaires, les légitimaires n'étant pas assimilés à de simples créanciers alimentaires³⁵.

La Coutume de Paris frappait également l'époux survivant d'une incapacité, celle de succéder par testament au conjoint prédécédé³⁶. Bourjon parle d'un « statut réel », par opposition à un « statut personnel »³⁷. On peut donc penser que ce n'est pas en soi l'époux survivant qui était incapable, que les biens qui, issus de la famille du défunt, devaient – même au-delà de la réserve et de la légitime – retrouver leur destination d'origine à la mort du défunt, ce qui excluait qu'ils soient facilement perçus comme « capables » d'appartenir à une autre famille – celle d'un conjoint survivant autrement protégé³⁸. La professeure Castelli écrit : « [l]e conjoint est considéré alors surtout comme un étranger dangereux par la famille des époux et l'attitude en est alors une de méfiance à son égard »³⁹. Suivant la conception de l'époque, la propriété des biens paraissait ainsi davantage attachée à la famille « lignagère » qu'à quiconque, même l'époux survivant pour la portion non réservée⁴⁰.

Contrairement à ce que les commissaires ont pu laisser entendre dans leurs rapports avant la codification des lois du Bas-Canada en 1866⁴¹, les

³⁵ F. BOURJON, préc., note 29, p. 316; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 391.

³⁶ Il va sans dire que le testateur ne pouvait pas plus choisir d'avantager par testament son concubin, sauf à titre alimentaire : F. BOURJON, préc., note 29, p. 300. On retrouve toutefois certains cas, dans la jurisprudence, où le legs à la concubine fut validé : *id.*, p. 301 et 368; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 537. Il en allait de même des enfants illégitimes, qui ne pouvaient recevoir par testament, si ce n'est à titre alimentaire. L'enfant simplement illégitime (par opposition aux « bâtards adultérins ou incestueux ») pouvait toutefois recevoir par testament en propriété, de manière limitée, de ses père et mère. Voir : F. BOURJON, préc., note 29, p. 301; A. MOREL, préc., note 11, n° 20, p. 21 et 22; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 13, p. 537 et 538.

³⁷ F. BOURJON, préc., note 29, p. 300.

³⁸ Un bémol est toutefois ici nécessaire en ce que le testateur pouvait avantager par testament la famille de son époux, dans la mesure où « le legs paraît se soutenir par de justes motifs et non fait pour éluder la prohibition mais il y faut cette circonstance pour le faire valider et sans cela telle disposition tomberait dans la prohibition ». Voir : *id.*

³⁹ M. D. CASTELLI, préc., note 8, 413.

⁴⁰ Dans ce sens, la professeure Castelli, *id.*, écrit « [qu'à] cette conception [lignagère] correspond tout naturellement l'exclusion du conjoint de la famille, et l'absence de droits successoraux de même que l'interdiction des libéralités entre époux ».

⁴¹ Dans les quatrième et cinquième rapports, les commissaires mettent en opposition, au sujet de la dévolution des successions, le droit romain – qui serait fondé sur les affections présumées – et le droit coutumier – qui serait plutôt voué à la conservation des

règles de dévolution légale en droit coutumier parisien n'en étaient pas moins étrangères aux « justes penchants du cœur de l'homme », ou en termes plus contemporains, aux « affections présumées ». Pour reprendre les termes de Bourjon, « la loi des successions [...] nous donne pour premiers héritiers nos enfants et descendants, qui sont les premiers objets de notre affection »⁴², et à leur défaut :

[L]a coutume a puisé l'ordre de succéder dans le cœur même de l'homme, puisqu'au défaut de descendants, nos ascendants nous sont plus chers que tout collatéral; ainsi, ces premiers ont la grande main contre tout parent collatéral, qui ne peut avoir concurremment avec eux qu'une certaine saisine, et relative à certains biens [propres] que la coutume veut conserver dans les lignes.⁴³

Enfin :

[I]l résulte qu'au défaut d'enfants et d'ascendants, le collatéral le plus prochain est saisi de tous les meubles et acquêts du défunt [...] par la présomption adoptée par la coutume que le défunt les lui aurait légués, s'il avait disposé; cette loi ayant conformé ses dispositions sur les saisines héréditaires, sur les justes penchants du cœur de l'homme.⁴⁴

biens dans la famille: « Les auteurs du code français ont eu à choisir entre les deux modes de succéder: celui du droit romain et celui des coutumes. La préférence, comme de raison, a été accordée au premier, qui n'a cependant pas été suivi dans toutes ses particularités: la distinction des biens a été mise de côté; tous ensemble ils ne forment qu'un seul patrimoine, qui se transmet et se partage d'après les mêmes principes et entre les mêmes héritiers; mais le Code s'est départi du droit romain sous un rapport très important, c'est à savoir: en abandonnant la règle qui, d'après ce droit, veut que les biens aillent toujours au plus proche parent; règle fondée sur l'ordre de la nature et l'affection présumée du défunt. Au lieu de suivre cette règle, le Code, déférant à l'idée dominante dans les coutumes de conserver les biens dans les familles, a, à cette fin, adopté le principe de partager toute succession déférée à des ascendants ou à des collatéraux en deux parts égales, l'une pour la branche paternelle et l'autre pour la branche maternelle. » Voir: CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 110.

⁴² F. BOURJON, préc., note 13, p. 816. Il faut noter qu'au moment de citer certains passages des textes de Bourjon, l'orthographe du vieux français a été remplacée par celle admise en français actuel.

⁴³ *Id.*, p. 913.

⁴⁴ *Id.*, p. 936.

Quant aux époux, ils font alors l'objet d'une affection « subsidiaire » :

Au défaut d'héritiers les conjoints se succèdent ; c'est une succession légitime que la loi civile a établie entre eux et adoptée par nos mœurs ; elle a encore sa racine dans le principe posé ; en effet, au défaut d'héritier du sang, personne ne doit nous être plus cher que notre épouse légitime ; juste présomption, qui a dû fonder comme elle a fondé en effet, une succession légitime.⁴⁵

En cela, les affections présumées ne se présentent pas, dans le *Code civil du Bas-Canada*, comme un nouveau fondement des règles de dévolution légale⁴⁶. La mise en opposition opérée par les commissaires, pour qui le droit coutumier se fondait sur la volonté de conservation des biens dans la famille lignagère, au contraire du droit romain, qui, avantageant le plus proche parent, se fondait sur les affections présumées, est au contraire artificielle. Une tension, une opposition entre « affections présumées » et « conservation des biens dans la famille », est inutile : une conjonction, une union entre les deux concepts paraît davantage avisée, les affections présumées pouvant se concevoir comme une notion polymorphe, dont les contours flous et indéfinis traduisent une nécessaire fluidité, à l'instar de la bonne foi ou de l'intérêt de l'enfant⁴⁷. Alors que dans le droit romain, le législa-

⁴⁵ *Id.*, p. 793.

⁴⁶ Compte tenu des propos des commissaires, plusieurs auteurs contemporains ont laissé transparaître, sans pour autant se positionner de manière claire ou précise, que les affections présumées pouvaient être représentées comme le « nouveau » fondement du droit successoral en 1866, rompant en cela avec les anciennes règles coutumières portant sur la conservation des biens de famille dans la lignée. Voir par exemple : C. DE LORIMIER, préc., note 28, p. 94 et 95 ; Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec. Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 1086 ; Madeleine CANTIN-CUMYN, « Les traits marquants de la révision du Code civil en matière de successions », (1978) *C.P. du N.* 145, 158 ; Camille CHARRON, « Le conjoint survivant et la succession légitime en droit québécois », (1978) 8 *R.D.U.S.* 197, 207 ; J. E. C. BRIERLEY et R. A. MACDONALD, préc., note 17, n° 336, p. 332 ; Brigitte LEFEBVRE, « Le conjoint survivant : créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois », (2013) 2 *Studii Iurisprudentia* 72, 79 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 97 et 103. Il faut remettre en perspective ce positionnement.

⁴⁷ Au sujet des contours flous de ces deux notions, voir : Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321 ; Andréanne MALACKET, « Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption », (2014) 44 *R.D.U.S.* 569, 574. Plus généralement au sujet des notions floues en droit, voir : Ejan MCKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », dans Danièle BOURCIER (dir.), *Le discours juridique : analyse et méthode*, (1979) 53 *Langages* 33 ; Catherine THIBIERGE, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », (2003) *RTDCiv* 599 ; plus spécialement sur la texture ouverte

teur aura choisi de faire du *parent le plus proche* du défunt son héritier *ab intestat*, la couleur que prendront les affections présumées dans la Coutume de Paris sera modifiée : parce que rien ne s'oppose à ce que les affections présumées désignent, comme héritier *ab intestat*, une *personne autre que le parent le plus proche*, voire ne désignent pas le *conjoint survivant*, pour en revenir au cœur de nos développements. Suivant le contexte social et les mœurs dominantes d'une époque donnée, l'affection présumée du défunt pourra forcément se décliner différemment. C'est d'ailleurs ce qui explique la pertinence d'y réfléchir dans une perspective historique, pour bien capter ce qu'hier a engendré aujourd'hui, et ce qu'aujourd'hui engendrera demain, dans une éventuelle réforme du droit de la famille.

Pour l'heure, il faut toutefois bien réitérer que le fondement des « affections présumées » se concilie pleinement avec les règles édictées à la Coutume de Paris : elles s'y manifestent sous une forme particulière, étant circonscrites par le mariage – qui confère à la famille un caractère « légitime » – et par l'importance de préserver les biens de famille dans la lignée d'où ils proviennent – d'où l'institution de la réserve des quatre-quints. Le professeur Olivier-Martin, historien du droit, écrit :

Le droit parisien ignore le principe romain de l'unité de la succession ; dans nombre d'hypothèses, il prend en considération l'origine des biens pour en régler la dévolution. Le souci romain de classer les divers héritiers selon l'affection que le *de cuius* est présumé avoir pour eux, afin de distribuer ses biens comme il l'eut fait lui-même s'il avait pu faire son testament, ne lui est pas moins étranger.⁴⁸ [Je souligne.]

Ce postulat a l'avantage de réunir en un seul corps les différentes conceptions s'étant imposées au droit des successions à différents moments-clés de l'histoire, que ce soit à l'époque de la Coutume de Paris, ou encore à la suite de l'adoption de l'*Acte de Québec*⁴⁹ puis du *Code civil du Bas-Canada*, où l'autonomie de la volonté fait figure de principe cardinal. D'une conception « lignagère », l'adoption de l'*Acte de Québec* marque en effet le pas vers une conception « personnelle » des règles de dévolution légale, conception qui culminera avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas-Canada*.

des normes, voir : H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e éd., coll. « Clarendon Law Series », Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 124 et suiv.

⁴⁸ F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 25, p. 409. Voir aussi : *id.*, p. 68.

⁴⁹ Préc., note 9.

II. Deuxième vague, l'Acte de Québec : l'époux survivant légataire dans la colonie britannique

Après avoir tenté d'imposer, sans grand succès, le droit privé anglais dans la colonie nouvellement britannique, le Parlement de Grande-Bretagne adopte, en 1774, l'*Acte de Québec*, une loi impériale consacrant le rétablissement du droit coutumier français au Canada en matière de propriété et droits civils⁵⁰. Dès lors, la Coutume de Paris retrouvera sa portée en droit familial et successoral⁵¹. Ce rétablissement s'accompagnera toutefois d'une

⁵⁰ A. MOREL, préc., note 11, n° 21, p. 22; Marcel GUY, « Le Code civil du Québec: un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 453, 459; C. MORIN, préc., note 11, p. 79; Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 264 et 265; Michel MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », (2014) 44 *R.D.U.S.* 259, 261.

⁵¹ Il paraît y avoir eu un flottement quant au droit applicable après la Conquête, soit entre 1759 et 1774. De fait, à compter de la capitulation de Québec en 1759 et durant le régime militaire (1760-1764), les Français et les Canadiens continuent d'être gouvernés par la Coutume de Paris, tels qu'en font foi notamment les termes des articles de la capitulation de Montréal (plus spécialement l'article 42), en ligne: <www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/Montreal-capitulation-1760.htm>. Or, à la suite de l'établissement d'un gouvernement civil britannique, la légalité des ordonnances du gouverneur Murray, dont notamment celle du 17 septembre 1764 abolissant le droit privé des Canadiens au profit du droit anglais, font l'objet de contestations, pour finalement être déclarées illégales (article IV de l'*Acte de Québec*). D'ailleurs, dès 1766, le rapport des officiers en loi de la Couronne York et De Grey conclut au rétablissement des lois civiles françaises. Il semble aussi qu'était de toute façon toléré le recours *de facto* aux lois coutumières parisiennes en matière civile pendant cette période. Voir: Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, t. I, Montréal, A. Périard, 1888, p. 72, 97-99, 101, 105-107, 111-114, 139-140; A. MOREL, préc., note 11, n° 21, p. 22; Jacques LACOURSIÈRE, Jean PROVENCHER et Denis VAUGEUIS, *Canada – Québec. Synthèse historique. 1534-2000*, Sillery, Septentrion, 2001, p. 157, 164 et 172; C. MORIN, préc., note 11, p. 79. Pour une analyse générale sur le droit applicable à compter de 1763-1764 jusqu'à l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec de 1774*, voir: Donald FYSON, « De la *common law* à la Coutume de Paris: les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER, (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157. Pour une étude plus détaillée sur le droit applicable et les nombreux rapports déposés pendant cette période, lesquels ont mené à l'adoption de l'*Acte de Québec*, voir également: A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 50, p. 233-264; M. MORIN, préc., note 50.

exception de taille, celle qui, à l'article X, marque l'importation officielle du principe de liberté de tester en droit canadien⁵² :

Pourvu aussi, qu'il sera et pourra être loisible à toute et chaque personne propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts, pendant sa vie, par ventes, donations, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par testament et acte de dernière volonté, nonobstant toutes loix, usages et coutumes à ce contraires [sic], qui ont prévalués [sic], ou qui prévalent présentement en la dite province; soit que tel testament soit dressé suivant les loix du Canada, ou suivant les formes prescrites par les loix d'Angleterre.⁵³

En raison d'une rédaction malheureuse, l'article X de l'*Acte de Québec* laisse toutefois place à la confusion, notamment par la corrélation qu'induit son libellé quant à la capacité de disposer par testament et celle de disposer entre vifs. Cette corrélation fera dire à plusieurs que tout en s'étant affranchie de la réserve des quatre-quiens⁵⁴, la liberté de tester demeurerait limitée par la légitime⁵⁵. L'article X est en outre muet sur le sort des

⁵² À ce sujet, voir : A. MOREL, préc., note 11, n° 21, p. 22; Y. F. ZOLTIVANY, préc., note 11, 382; M. D. CASTELLI, préc., note 8, 414 et 422-434; C. MORIN, préc., note 11, p. 79.

⁵³ Il importe de préciser que dans sa version primitive, l'article X contenait une limitation expresse à la liberté de tester, laquelle voulait favoriser la famille légitime en prévoyant qu'il n'était pas possible pour une personne ayant enfant ou époux légitime, de léguer ses biens à son enfant bâtard, à son concubin ou à toute personne avec qui elle aurait entretenu une relation adultérine ou incestueuse. Cette partie de l'article X a été retranchée du texte final, après qu'une majorité de députés (13 contre 5) eut voté en faveur de l'amendement. Voir : Evelyn KOLISH, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : attitudes et réactions des contemporains*, vol. I, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1980, p. 326 et 327 (non publiée); C. MORIN, préc., note 11, p. 80.

⁵⁴ En effet, l'article X de l'*Acte de Québec* effaçant la distinction entre biens propres et acquêts en matière testamentaire, la réserve des quatre-quiens n'est plus susceptible de mise en œuvre. Voir : A. MOREL, préc., note 11, nos 26 et 27, p. 29 et 30.

⁵⁵ Tel qu'indiqué plus haut, la légitime réserve une portion héréditaire de la succession aux enfants légitimes du défunt et elle est calculée en considérant la plupart des biens du *de cuius*, dont ceux ayant déjà fait l'objet d'une donation entre vifs, en soustrayant les dettes et les charges. Partant, la légitime institue une forme de limite quant à la faculté de disposer entre vifs. Or, pendant un certain temps, on a fait dire au libellé de l'article X de l'*Acte de Québec* qu'il permettait à l'un de tester de ses biens dans la mesure où ces biens pouvaient faire l'objet d'une donation entre vifs. L'assiette des biens visés par la légitime allant jusqu'à affecter ceux ayant fait l'objet d'une disposition entre vifs, la liberté de tester devait donc demeurer limitée par ladite légitime. Il ne me revient pas de me prononcer sur la justesse de ce raisonnement. Voir : A. MOREL,

incapacités de recevoir induites par la Coutume de Paris, par opposition aux incapacités de tester⁵⁶. Sont par ailleurs laissées intactes les règles coutumières applicables aux successions *ab intestat*, de sorte qu'en l'absence de testament, les dispositions de la Coutume de Paris, dont la réserve des quatre-quiens et la légitime, demeureraient applicables⁵⁷.

L'Acte de Québec marque ainsi un moment de transition, à cheval entre deux conceptions du droit successoral, de même qu'une séparation plus nette entre les règles de dévolution légale et testamentaire : d'un côté, la conception lignagère demeure sauve en matière *ab intestat* et teinte toujours le sens que doivent prendre les « affections présumées », alors qu'en matière testamentaire, le passage vers une conception personnelle, où l'autonomie de la volonté du testateur est valorisée et où les « affections exprimées »⁵⁸ ont voix au chapitre, se dessine. La professeure Castelli écrit en ce sens :

À la conception personnelle du patrimoine correspond l'admission des libéralités entre époux. Le législateur ne redoute plus le transfert des biens d'une famille dans une autre, et la liberté de l'individu lui semble la chose préférable. L'importance de cette liberté (et, donc, la quotité disponible entre époux), dépend donc de l'emprise que conserve sur les esprits la conception lignagère.⁵⁹

Ce passage vers une conception individualiste du droit successoral se poursuit avec l'adoption, en 1801, de l'Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté⁶⁰, destiné à réparer les incertitudes provoquées par le libellé maladroit de l'article X de l'Acte de Québec⁶¹. Ainsi, la « légitime » ne limitera plus la liberté de

préc., note 11, n° 28, p. 31-33 ; M. D. CASTELLI, préc., note 8, p. 440 et 441 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 81 et 82.

⁵⁶ Encore qu'au sujet des incapacités de tester, elle ne soit guère plus claire aux dires du professeur Morel, préc., note 11, n° 29, p. 33 et 34.

⁵⁷ André COSSETTE, « Les notions d'égalité et de discrimination dans le droit successoral de la province de Québec », (1963) 65 R. du N. 431, 431-432 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 80.

⁵⁸ Parce qu'en effet, il est logique d'affirmer que les « affections exprimées » (l'expression est la mienne) du *de cuius* se retrouvent dans son testament, par opposition à ses « affections présumées », qui, elles, teintent les règles de dévolution légale.

⁵⁹ M. D. CASTELLI, préc., note 8, 415.

⁶⁰ 41 Geo. III, c. 4 (R.-U.) (ci-après « Loi de 1801 »).

⁶¹ À ce sujet, la professeure Morin, préc., note 11, p. 82, écrit : « on voit ici que la loi passe d'une conception lignagère à une conception plus personnelle du patrimoine, en vertu

tester⁶², si tant est qu'elle la limitât encore⁶³. Elle permettra néanmoins toujours aux légitimaires d'attaquer les donations entre vifs faites par leurs ascendants, ce qui amène le professeur Morel à parler de « subsistance fragmentaire » du droit coutumier à cet égard⁶⁴.

Les prohibitions relatives aux incapacités de recevoir à cause de mort, dont celles frappant les concubins et les enfants illégitimes, seront également levées⁶⁵. Il en va de même de l'impossibilité de tester au profit de l'époux survivant⁶⁶. Le législateur précisera explicitement « qu'il est et sera loisible à toute personne ou personnes saines d'entendement et d'âge, [...] de léguer et disposer, [...] entre conjoints par mariage en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints »⁶⁷. Aussi, ne subsistera que le douaire de la femme mariée, dont peuvent se réclamer les enfants, comme limite à la liberté de tester⁶⁸.

La portée du douaire sera toutefois fortement amoindrie par deux pièces législatives subséquentes, alors que l'institution du retrait lignager sera aussi abrogée. Loin d'être anodines, ces pièces illustrent l'emprise grandissante de la conception personnelle du patrimoine en matière successorale,

de laquelle le testateur est libre de disposer de ses biens comme il le désire. Si la nouvelle liberté de tester restreint les droits de la famille lignagère sur le patrimoine de ses membres, elle n'affecte toutefois pas l'époux survivant qui, nous l'avons vu, n'avait pas de droit dans les biens de son conjoint au décès. »

⁶² A. MOREL, préc., note 11, n° 35, p. 39.

⁶³ En effet, comme l'aura ultérieurement précisé le Conseil privé dans l'arrêt *King v. Tunstall*, (1874) 22 R.J.R.Q. 174 (ci-après « *Tunstall* »), l'intention du législateur était alors claire malgré un choix de termes ambigus. La *Loi de 1801* ne visait donc qu'à rétablir un état de fait qui aurait dû être considéré comme déjà avéré. Voir aussi : A. MOREL, préc., note 11, n° 31, p. 36 et 37 ; Y. F. ZOLTIVANY, préc., note 11, 382 ; M. D. CASTELLI, préc., note 8, 441 et 442 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 81 et 82.

⁶⁴ A. MOREL, préc., note 11, n° 35, p. 40. Il semble toutefois qu'entre 1801 et 1866, les tribunaux aient été de plus en plus stricts quant à l'admission des demandes en légitime en contexte de donations entre vifs. C'est ce que fait ressortir la professeure Castelli dans son examen de certaines décisions rendues par la Cour du Banc de la Reine, dont les affaires *Lefebvre c. Boyer*, (1849) 1 L.C.J. 267 (B.R.), *Quintin c. Girard*, (1858) 2 L.C.J. 141 (B.R.) et *Blanchet c. Blanchet*, (1861) 11 L.C.R. 204 (B.R.). Voir : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 442 et 443.

⁶⁵ A. MOREL, préc., note 11, n° 36, p. 41.

⁶⁶ *Id.*, nos 33 et 34, p. 38 et 39.

⁶⁷ *Loi de 1801*, préc., note 60.

⁶⁸ A. MOREL, préc., note 11, n° 35, p. 39 ; M. D. CASTELLI, préc., note 8, p. 446 et 447.

laquelle s'accompagne inexorablement de l'affaiblissement de la conception lignagère présidant à la tradition coutumière.

En ce sens, en 1841, le gouverneur général Sydenham sanctionne une ordonnance intitulée *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Ténements, et Héritages, Bien Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothéca-tion des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*⁶⁹. Par les articles 35 et 37 de cette ordonnance, la femme mariée âgée de vingt et un an et plus pourra désormais renoncer à tout ou partie de son douaire coutumier pendant le mariage, et ce, sans qu'aucune forme de compensation ne lui soit octroyée. Une telle renonciation l'affectera personnellement, et sera opposable à ses enfants dans la mesure où ils tenteraient, à son décès, d'être investis du droit de douaire⁷⁰.

Puis, en 1845, l'Acte *pour amender l'ordonnance et l'acte y mentionné, concernant l'enregistrement des titres des biens immeubles, dans le Bas-Canada, ou des hypothèques dont ils sont grevés*⁷¹ est adopté. En ses articles 3 et 4, le législateur tient à préciser que la portée du douaire préfix est également amoindrie, celui-ci pouvant, à l'instar du douaire coutumier, faire l'objet d'une renonciation pendant le mariage, sans compensation et opposable aux enfants. Le législateur ira jusqu'à conférer une portée rétroactive aux articles 3 et 4 de la *Loi de 1845* afin qu'ils prennent effet à compter du moment où l'*Ordonnance de 1841* a été passée.

Puisque le douaire relevait d'une conception lignagère du droit successoral, la possibilité désormais ouverte à la femme mariée de renoncer pendant le mariage à son douaire coutumier ou préfix, sans compensation et allant jusqu'à affecter ses enfants, marque un nouveau recul d'une telle conception. La professeure Morin écrit :

On peut voir une autre illustration de ce passage à une conception personnelle du patrimoine dans la législation lorsqu'on a modifié le douaire afin de

⁶⁹ 4 Vict., c. 30 (R.-U.) (ci-après « *Ordonnance de 1841* »).

⁷⁰ M. D. CASTELLI, préc., note 20, 329; Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43, aux p. 48 et 49.

⁷¹ 8 Vict., c 27 (R.-U.) (ci-après « *Loi de 1845* »).

permettre à la femme d'y renoncer sans compensation, en 1841. Ce faisant, on supprimait la dernière protection législative impérative du conjoint survivant et des enfants en cas de décès.⁷²

Dans le même sens, la législation de 1855⁷³ abolissant le retrait lignager et ses accessoires, voire plus précisément les 31 articles du titre VII de la Coutume de Paris relatifs au retrait lignager, traduit tout autant un

⁷² C. MORIN, préc., note 11, p. 83. Voir aussi : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 445, 447 et 448. Notons que bien que l'expression « protection législative impérative » utilisée par la professeure Morin puisse à première vue paraître incorrecte, elle peut en fait se concilier avec la faculté qu'avaient les époux d'exclure le douaire par contrat de mariage avant 1841, même à l'époque de la Nouvelle-France. En effet, cette exclusion paraît avoir été interprétée restrictivement par les tribunaux, qui pouvaient notamment refuser de l'opposer aux enfants. À ce dernier sujet, voir : M. D. CASTELLI, préc., note 20, 327 et 328. On peut également penser que, devant être faite par contrat de mariage, cette exclusion participait du « pacte de famille » consenti et était sujette à une « juste » négociation entre les parties, la future épouse pouvant se voir conférer d'autres avantages de nature matrimoniale en considération de l'exclusion du douaire. Par ailleurs, l'expression « protection législative impérative » peut également se concilier avec la faculté qu'avait, avant 1841, la femme mariée de renoncer à l'exercice de son douaire même *pendant* le mariage, étant entendu que cette renonciation était faite de manière ponctuelle et ne lui faisait pas perdre ses droits sur les autres biens du mari visés par le douaire, voire était sujette à compensation, de même qu'elle n'était pas opposable aux enfants, lesquels pouvaient se réclamer de la qualité de « douairiers » malgré la renonciation préalable de leur mère, dans la mesure où ils renonçaient à la succession de leur mère. À ce dernier sujet, voir : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 445 et 447 ; M. D. CASTELLI, préc., note 20, 323 et 326.

Au contraire, à partir de 1841, la ou les renonciations de la femme mariée pourront en somme affecter l'ensemble de l'assiette des biens visés par le douaire, sans compensation et de manière à être opposables aux enfants. En cela, on peut donc avancer que l'*Ordonnance de 1841* et la *Loi de 1845* sonnent le glas de « la dernière protection législative impérative du conjoint survivant et des enfants », pour reprendre une autre fois les mots de la professeure Morin. La nouvelle obligation d'enregistrement du douaire qui pèsera sur la femme mariée à la suite de l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas-Canada* (art. 2116) cristallisera cet état de fait, la formalité n'étant que rarement respectée : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 450.

⁷³ *Acte pour abolir le Droit de Retrait lignager*, 18 Vict., c. 102 (R.-U.). Par la Coutume de Paris, le retrait lignager était applicable lors de l'aliénation – notamment la vente – d'un bien propre, y compris à la suite du décès du vendeur. De fait, afin de conserver les biens dans la famille, le parent lignager le plus proche pouvait, à certaines conditions, retirer des mains de l'acquéreur le bien vendu, et ce, en lui remboursant le prix d'achat. Au surplus, les héritiers du vendeur rattachés à la ligne à laquelle « appartenait » le bien bénéficiaient-ils de cette faculté après la mort du vendeur. Voir : F. BOURJON, préc., note 13, p. 1017.

affaiblissement de la conception lignagère au profit d'une conception personnelle des normes devant encadrer le droit successoral au Bas-Canada⁷⁴. En effet, bien que l'institution du retrait lignager eût déjà suscité la défaveur de la population et fût tombée en désuétude⁷⁵, l'abrogation de 1855 formalise une vérité implacable: l'effacement progressif de la famille lignagère au profit de la liberté et de l'autonomie de la volonté du testateur.

Cette loi, à l'instar de la législation portant sur le douaire, se présente ainsi comme un signe avant-coureur d'une redéfinition des affections présumées, qui se cristallisera à la suite de l'exercice de codification auquel s'emploieront bientôt les commissaires Caron, Day et Morin⁷⁶. De fait, la conception lignagère présidant aux règles de dévolution légale connaîtra un effondrement sans précédent, alors que les affections présumées prendront une couleur nouvelle, pénétrées par une conception toute « personnelle » des règles du droit successoral, qui culmine avec l'avènement du *Code civil du Bas-Canada*.

III. Troisième vague, le droit codifié: l'époux survivant, de successeur irrégulier à héritier légitime dans le Bas-Canada

A. Onde initiale: l'époux, successeur irrégulier

Le *Code civil du Bas-Canada*⁷⁷ entre en vigueur le 1^{er} août 1866⁷⁸. Le principe d'autonomie de la volonté s'y présente comme paradigme fort, étant omniprésent dans l'ensemble du droit nouvellement codifié⁷⁹. En

⁷⁴ M. D. CASTELLI, préc., note 8, 444 et 445. Voir aussi: S. NORMAND, préc., note 70, à la p. 50; C. MORIN, préc., note 11, p. 83 et 84.

⁷⁵ Maximilien BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'École de droit liée au Collège des R.R.P.P. Jésuites: suivis d'une notice historique*, t. II, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1861, p. 371-373; Y. F. ZOLTANY, préc., note 11, 372; M. D. CASTELLI, préc., note 8, 431 et 432.

⁷⁶ En effet, le 10 juin 1857 sera sanctionné l'*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43. On demande alors à trois commissaires – les juges Caron, Day et Morin – de pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada, ce qui mènera ultimement à l'entrée en vigueur, en 1866, du *Code civil du Bas-Canada*.

⁷⁷ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41.

⁷⁸ M. GUY, préc., note 50, 460.

⁷⁹ C. MORIN, préc., note 11, p. 86. Voir aussi: S. NORMAND, préc., note 70, aux p. 51-54.

matière successorale, le principe de liberté de tester s'impose ainsi comme figure de proue, étant au cœur de ce qui façonne tant les règles de dévolution *ab intestat* que testamentaires. L'article 831 C.c.B.C. édicte ce principe avec vigueur et consolide l'image d'une conception personnelle du patri-moine en matière successorale⁸⁰:

831. Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament sans distinction de leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction, ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La liberté de tester, absolue, ne souffrira d'ailleurs d'aucune exception⁸¹. Les commissaires⁸² expliquent avoir voulu parfaitement reconduire la règle inspirée du droit anglais dans les statuts de 1774 et 1801⁸³. En conséquence, le testateur pourra choisir de léguer partie ou totalité de ses biens à toute personne, y compris son concubin ou ses enfants naturels⁸⁴

⁸⁰ A. MOREL, préc., note 11, n° 5, p. 9; M. D. CASTELLI, préc., note 8, 440; C. MORIN, préc., note 11, p. 86.

⁸¹ Sous réserve, pour reprendre le vocable de l'article 831 C.c.B.C., « des prohibitions, restrictions ou autres causes de nullité ». Voir aussi: A. MOREL, préc., note 11, n° 2 et 3, p. 6 et 7. Malgré cette réserve, le professeur Morel affirme, après examen de la doctrine et de la jurisprudence, qu'il était « devenu parfaitement exact de dire qu'en droit québécois, la liberté de tester est illimitée », tandis que Mignault fait état d'une règle « absolue dans ses termes », que le « législateur s'est pris à deux fois pour [...] formuler, tant il tenait à écarter tout doute comme à détruire toute entrave à la liberté pleine et entière, illimitée enfin, qu'il voulait accorder ». Voir: A. MOREL, préc., note 11, n° 11, p. 15; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théorêt, 1899, p. 237.

⁸² Sur le recours au rapport des commissaires dans l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada*, voir notamment: Sylvie PARENT, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 182-186.

⁸³ CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 168.

⁸⁴ L'arrêt de principe en la matière, rendu en 1874 par le Conseil privé dans l'affaire *Tunstall*, préc., note 63, où fut validé le legs consenti à un enfant adultérin, confirme la toute-puissance que revêtait alors le principe de liberté illimitée de tester. Cet arrêt paraît avoir exercé une influence déterminante sur l'interprétation de l'article 831 C.c.B.C. et sur les décisions qu'auront ensuite rendues les tribunaux québécois à ce

– qu'ils soient ou non issus d'un commerce adultérin ou incestueux⁸⁵ –, et ce, nonobstant la présence d'une épouse ou d'une parenté légitime, et sans égard aux bonnes mœurs ou à ce qu'on aurait alors pu inférer du droit naturel et du devoir d'assistance⁸⁶.

Sans complètement disparaître, la conception lignagère qui présidait jusqu'alors aux règles de dévolution légale connaît un recul sans précédent, au profit d'une conception toute personnelle du droit successoral, qui admette que le patrimoine du *de cuius* – même dans son entièreté – échoit autrement qu'en fonction de sa provenance, qu'il y ait ou non présence d'un testament⁸⁷. Les commissaires choisissent ainsi de retenir, comme dans le *Code Napoléon*, la conception du droit romain, sauf certaines particularités, plutôt que celle privilégiée par le droit coutumier pour régler la dévolution *ab intestat* des biens⁸⁸.

sujet. Pour une revue de cette jurisprudence, voir : A. MOREL, préc., note 11, n^{os} 6-12, p. 10-15.

⁸⁵ À ce sujet, voir : CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 170; P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 356. Au moment de discuter de l'interdiction des donations entre vifs d'un parent à ses enfants illégitimes issus d'un commerce adultérin ou incestueux, codifiée à l'article 768 C.c.B.C., les commissaires précisent toutefois qu'ils auraient préféré limiter la liberté de tester n'eût été de l'importance du principe : CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 154.

⁸⁶ À ce sujet, voir : Jean TURGEON, « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », (1955) *R. du B.* 204, 206; A. MOREL, préc., note 11, n^o 5, p. 10; n^{os} 8 et 11, p. 13-15; P.-B. MIGNAULT, préc., note 81, p. 237.

⁸⁷ Les deux titres du *Code civil du Bas-Canada* se rapportant respectivement aux successions légales et aux donations testamentaires et entre vifs seront en cela intimement liés, se déployant en synergie, l'un face à l'autre. Les commissaires écrivent en ce sens : « Ce titre, comme il a déjà été dit, ne concerne principalement que les successions légitimes ; les autres, savoir les testamentaires et les contractuelles, sont comprises dans le suivant : intitulé : “Des Donations entre vifs et Testamentaires”, lequel forme, avec les remarques requises, la seconde partie du rapport. Plusieurs règles applicables aux successions légitimes le sont également aux autres, telles sont par exemple celles qui regardent l'ouverture, l'acceptation et la répudiation des successions, les partages et le paiement des dettes. Pour cette raison, les deux titres sont intimement liés ensemble, et doivent être pris en corrélation l'un avec l'autre. » Voir : CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 148.

⁸⁸ *Id.*, p. 108-110.

Partant, la réserve des quatre-quiens et la légitime sont définitivement mises de côté, de sorte qu'outre certains tempéraments mineurs⁸⁹, la nature et l'origine des biens n'auront plus d'impact en matière de dévolution légale⁹⁰. La masse de biens laissée par le *de cuius* ne formera qu'une seule hérédité⁹¹, qu'un unique patrimoine suivant les termes exprès de l'article 599 C.c.B.C., dont Mignault écrira qu'il s'agit de la « disposition la plus importante de ce titre, sous le rapport des changements apportés au droit

⁸⁹ Nous référons plus spécialement ici à la succession anormale (soit un droit de retour successoral en faveur de l'ascendant-donateur, art. 630 C.c.B.C.) et à la fente successorale (manifestation moderne et totalement altérée de la réserve des quatre-quiens, ne s'agissant plus de la règle *paterna paternis, materna maternis*, mais plutôt de la règle *dimidium paternis, dimidium maternis*, art. 629, 633 et 634 C.c.B.C.). À ce dernier sujet, voir : Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t. II, 12^e éd., Paris, Garnier Frères, 1885, p. 41 ; P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 256, 257, 302 et 303. Voir aussi : A. MAYRAND, préc., note 31, n^o 21, p. 18 et 19. Il faut ici noter que certains, dont je suis, s'opposent à ce que la fente successorale soit qualifiée de « tempérament » à la règle de l'unité de la succession. En ce sens, le professeur Auger estime : « Si la règle *paterna paternis, materna maternis* est une dérogation au principe de l'unité de la succession, il n'en est rien de la fente et c'est à tort qu'on la présente parfois comme un tempérament à ce principe. C'est une simple règle technique de répartition égalitaire d'un unique patrimoine successoral. » Voir : Jacques AUGER, « Les principes de désignation des héritiers légaux. Unité – proximité – égalité », dans Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 73, à la p. 92.

⁹⁰ Au sujet des anciennes règles privilégiant le lignage, il est intéressant de noter les propos tenus par Portalis, Tronchet, Bigot-Praemeneu et Maleville dans leur discours préliminaire, au moment de la présentation du projet de Code civil français. Ces propos traduisent une conception nouvelle des affections présumées : « Dans la succession *ab intestat*, la représentation des collatéraux, poussée trop loin, est une chose contraire au bon sens. Elle appelle des inconnus, au préjudice des plus proches ; elle étend les relations de libéralité au-delà de tous les rapports présumés d'affection : elle entraîne des litiges interminables sur la qualité des personnes, et des morcellemens ridicules dans le partage des biens ; elle blesse toutes les idées de justice, de convenance et de raison. » Voir : FRANCE, COMMISSION POUR LA RÉDACTION D'UN PROJET DE CODE CIVIL, *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII*, Paris, Emery, 1801, p. lxxiv.

⁹¹ Selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, le terme « hérédité » a pour signification « [l']ensemble des biens que laisse une personne lors de son décès ». Il a notamment pour synonymes les mots « héritage » et « succession ». Voir : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd. avec la collab. de Simon REID, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 309. Dans ce texte, « hérédité » est donc utilisé de manière interchangeable avec le mot « succession ».

ancien»⁹², Langelier faisant lui état d'une «révolution complète dans notre droit»⁹³:

599. La loi ne considère ni l'origine, ni la nature des biens pour en régler la succession. Tous ensemble ils ne forment qu'une seule et unique hérédité qui se transmet et se partage d'après les mêmes règles, ou suivant qu'en a ordonné le propriétaire.

Dans ce nouveau schéma successoral simplifié, c'est donc la *qualité* des parents endeuillés qui détermine la vocation successorale⁹⁴, la dévolution s'opérant par ordres et en faveur, toujours, des héritiers légitimes, le mariage étant central à la dévolution des successions⁹⁵. Plus spécialement, le législateur hiérarchise en quatre ordres les parents du *de cuius*⁹⁶, alors que pourront jouer, à l'intérieur des ordres, les principes de représentation et de fente successorale⁹⁷. L'époux survivant y brille, encore, par son absence;

⁹² P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 255. Le lecteur constatera peut-être que je réfère abondamment aux traités de Pierre-Basile Mignault sur le droit civil canadien, plus spécialement dans la présente section de ce texte, consacrée au *Code civil du Bas-Canada*. Il faut en effet savoir que l'ouvrage de Mignault fait office de véritable référence dans le paysage juridique québécois, et ce, dès la fin du XIX^e siècle jusqu'au début des années 1970. Même encore aujourd'hui, les juristes s'y réfèrent quand il s'agit de traiter de l'ancien droit. Voir à ce sujet: Sylvio NORMAND, «Le droit civil canadien de Pierre-Basile Mignault», dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 133.

⁹³ François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. II, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 346.

⁹⁴ P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 302.

⁹⁵ C'est là ce que prévoit l'article 606 C.c.B.C.: «Les successions *ab intestat* sont déférées aux héritiers légitimes dans l'ordre réglé par la loi; à défaut de tels héritiers elles sont dévolues à l'époux survivant, et s'il n'y en a pas, elles passent au souverain.» Il est intéressant de noter que les expressions «succession *ab intestat*» et «succession légitime» sont utilisées indistinctement dans la doctrine de l'époque. Un héritier légal ne pouvait qu'être légitime. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, le législateur fait lui aussi usage du mot «légitime» au moment d'opposer les successeurs légitimes aux successeurs irréguliers. Voir à ce sujet: P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 253.

⁹⁶ *Stricto sensu*, le législateur fait mention de trois ordres de succession à l'article 614 C.c.B.C., à savoir les descendants, les ascendants et les collatéraux. Or, quand on s'y attarde davantage, on constate que le découpage opéré entre ces trois classes de parents, plus précisément eu égard aux ascendants et aux collatéraux – qui peuvent être dits «privilegiés» ou «ordinaires» –, a pour effet de créer quatre ordres de parents susceptibles. Voir: P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 301, 302 et 317.

⁹⁷ Le principe de représentation fait venir à la succession du défunt un successible à un degré plus éloigné, en lieu et place de son auteur prédécédé à un degré plus rapproché,

il n'est qu'un allié, pas un parent au sens strict, bien que par lui, la parenté dite légitime se construise. Aussi, l'affection présumée du défunt devant avoir été plus vive à l'égard de ses descendants, ce sont eux qui prennent la succession en totalité au premier ordre, par préférence à tous les autres successibles⁹⁸. En leur absence, le Code avantage au second ordre, d'une part les père et mère du défunt, et d'autre part ses frères et sœurs, neveux et nièces; ceux-ci sont présumés avoir fait l'objet d'une affection moindre et équivalente, chaque sous-groupe étant gratifié de la moitié de la succession⁹⁹. Enfin, viennent les autres parents du défunt – ascendants puis collatéraux ordinaires¹⁰⁰ jusqu'au 12^e degré¹⁰¹ – sujets d'un degré d'affection apparemment secondaire¹⁰². Les propos de Mignault sont expansifs quant à la construction opérée par le législateur, en réponse aux mœurs dominantes :

L'ordre des successions a été réglé d'après l'ordre naturel des affections: dans chaque ordre et dans chaque ligne, le parent le plus proche est appelé à succéder, parce que la loi présume que le défunt avait pour lui une affection plus vive que celle qu'il accordait à ses parents plus éloignés. Le droit de représentation est fondé sur la même idée: la loi l'accorde à certains parents qui sont présumés avoir succédé, dans le cœur du défunt, à toute la tendresse qu'il avait pour un autre parent prédécédé.

[Il y a lieu, sous ce rapport, à distinguer la ligne directe descendante, la ligne directe ascendante et la ligne collatérale. Dans le premier cas, la représentation a lieu à l'infini, dans le second cas elle n'est pas admise du tout, dans le troisième, elle est limitée au cas où des neveux ou nièces concourent avec leurs oncles ou tantes.

à qui aurait normalement été dévolue l'hérédité n'eût été de son décès prématuré. On dit en cela que le représentant prend la place du représenté. Quant à la fente successorale, elle a pour effet de « fendre » la succession du défunt en deux, soit entre ses deux lignes paternelle et maternelle. Ces deux principes – représentation et fente – s'appliquent dans des cas de figure précis prévus au Code civil, en fonction des affections que l'on prête au défunt.

⁹⁸ C'est ce que prévoit l'article 625 C.c.B.C.

⁹⁹ C'est ce que prévoit l'article 626 C.c.B.C.

¹⁰⁰ Il s'agit des grands-parents et autres aïeux du défunt, de même que ses oncles, tantes, cousins, cousines, petits-neveux, petites-nièces et autres parents à un degré plus éloigné.

¹⁰¹ La succession légale est en effet « limitée » au 12^e degré par l'article 635 C.c.B.C., plutôt que d'être dévolue à l'infini, comme dans le droit coutumier parisien.

¹⁰² C'est là l'effet des articles 628 et 634 C.c.B.C., les ascendants d'une ligne, s'ils sont présents, prenant la succession à l'exclusion des collatéraux de la même ligne.

1° *Ligne directe descendante*] – Le père qui a la douleur de perdre son fils reporte sur la personne des descendants de ce fils toute la tendresse qu’il lui accordait; ils ont dans son cœur la même place que leur père occupait: il est juste, par conséquent, qu’ils aient dans sa succession les mêmes droits qu’aurait eus leur père, s’il eût vécu. Ainsi *les fils ou filles du DE CUJUS sont représentés par leurs descendants*. [...]

2° *Ligne directe ascendante*. – Les ascendants ne remplacent pas dans le cœur d’un fils le père ou la mère qu’il a vu mourir. Plus nos ascendants sont éloignés, moins est vive l’affection que nous avons pour eux. L’ascendant le plus proche doit, en conséquence, exclure, dans chaque ligne, les ascendants plus éloignés. *Ainsi, l’ascendant prédécédé n’est pas représenté par ses propres ascendants*. [...]

3° *Ligne collatérale*. – [...] Dans notre droit l’affection de l’oncle ou tante n’est pas censée s’étendre plus loin que les neveux et nièces; si le *de cuius* veut que ses petits-neveux ou ses petites-nièces viennent à sa succession, il n’a qu’à faire un testament qui leur reconnaisse ce bénéfice.

Dans l’ordre des collatéraux, autres que les frères et sœurs ou [les neveux et nièces, quand ils viennent à la succession de leur oncle ou tante, concurremment avec les frères et sœurs du défunt], le collatéral le plus proche est celui que le *de cuius* affectionnait le plus: c’est donc lui qui, dans chaque ligne, succèdera à l’exclusion des collatéraux plus éloignés. Ainsi, le collatéral prédécédé, s’il n’est pas le frère ou la sœur du *de cuius*, ne sera pas représenté par ses enfants.¹⁰³

À défaut de parents au degré successible, la succession pourra être dévolue aux « successeurs irréguliers »¹⁰⁴, à savoir l’époux survivant, ou à son

¹⁰³ P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 307-309. À ce sujet, le professeur Mayrand, préc., note 31, n° 100, p. 85, écrira plus tard: « [i]l est normal que l’ordre de succession, comme l’ordre des affections présumées du *de cuius*, donne préférence au parent le plus rapproché plutôt qu’au plus éloigné ».

¹⁰⁴ C’est ce que prévoient les articles 636 et 637 C.c.B.C. Le successeur irrégulier, contrairement au successeur légitime, ne continue pas la personnalité juridique du défunt. Il succède aux biens et est tenu aux charges et dettes de la succession *intra vires*, soit dans la limite des biens recueillis. À l’opposé du successeur légitime, le successeur irrégulier n’est donc pas obligé personnellement aux dettes et bénéficie de la faculté d’abandonner les biens recueillis aux créanciers du défunt. Enfin, le successeur irrégulier a une saisine qui diffère de celle du successeur légitime. Bien que le successeur irrégulier soit saisi *ipso jure* des droits et dettes du *de cuius*, il doit se faire *envoyer en possession* en vue de leur exercice (art. 638-639 C.c.B.C.), conformément aux dispositions alors prévues

défaut, le souverain¹⁰⁵. Le vocable utilisé n'est certainement pas neutre : il semble assez irrégulier qu'un défunt ne comptât aucune famille jusqu'au 12^e degré¹⁰⁶. En cela, c'est un législateur gardien des bonnes mœurs et d'une conception de la moralité héritée du droit naturel qui campe très précisément ce qu'en 1866, devaient être les affections présumées d'une personne décédée *ab intestat*.

Dans la nouvelle construction opérée par le législateur bas-canadien, la présomption d'affection ne s'étend ainsi pas d'emblée à l'époux survivant. Seule la parenté légitime peut aspirer à un droit de succession *ab intestat*¹⁰⁷, à l'exclusion de cet époux, toujours perçu comme un sujet de méfiance¹⁰⁸. La limitation expresse du lien de parenté successible au 12^e degré ne peut d'ailleurs être interprétée « en faveur » de l'époux survivant considérant la position marginale dans laquelle il se trouvait comme successeur irrégulier¹⁰⁹.

au *Code de procédure civile*. Voir : P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 268-275 et 353 ; DE LORIMIER, préc., note 28, p. 104 ; F. LANGELIER, préc., note 93, p. 394.

¹⁰⁵ C'est ce que prévoient les articles 606, 636 et 637 C.c.B.C. Voir aussi : P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 328 et 329.

¹⁰⁶ Outre le cas de figure évident du défunt de naissance illégitime non légitimé, qui s'il mourait sans postérité ne comptait aucun parent au degré successible. Sa succession était alors dévolue à l'époux survivant ou à défaut, au souverain.

¹⁰⁷ Le *Code civil du Bas-Canada* ne fait pas des enfants illégitimes des successeurs irréguliers, contrairement au *Code Napoléon*, qui prévoit alors un régime particulier à l'intention des enfants illégitimes simples (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas issus d'un commerce adultérin ou incestueux) : P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 268-275 et 353-355. Quant au concubin, il va de soi qu'il n'est pas non plus successeur irrégulier, l'époux ne l'étant pas encore lui-même en 1866. On notera d'ailleurs que l'article 768 C.c.B.C. va jusqu'à frapper de nullité les donations entre vifs entre concubins, sauf à titre alimentaire, la règle étant similaire entre les époux en ce qui a trait aux donations entre vifs, outre ce qui était permis de faire par contrat de mariage : art. 770 C.c.B.C.

¹⁰⁸ Au sujet de l'époux survivant, la professeure Castelli, préc., note 8, 416, écrit, en lien avec la conception personnelle du patrimoine que consacre le *Code civil du Bas-Canada* : « À ce stade intermédiaire correspondant à la décadence de la famille lignagère, le conjoint n'est pas toujours assimilé à la famille, celle-ci restant, avant tout, la famille par le sang. Et il continue d'être traité avec méfiance ainsi qu'en témoignent les règles concernant la protection de la liberté du disposant. Libéré de l'entrave de la famille, l'individualisme se méfie de toute entrave. »

¹⁰⁹ Les commissaires indiquent d'ailleurs, dans leur rapport, qu'une telle limitation semble avoir été suivie sous l'ancien droit coutumier, même si elle n'était pas expressément prévue : « La première partie de cet article, qui limite au douzième degré de parenté le droit de succéder, ne paraît pas avoir existé, comme règle, dans l'ancienne jurisprudence ; cette restriction ne s'y trouve nulle part formulée en termes exprès ; cependant, en pratique, elle semble avoir été suivie. Les auteurs du Code Napoléon l'ont adoptée,

L'amalgame « mariage-succession » était donc à la fois central – les épou-sailles sont un préalable obligatoire à la cristallisation des affections présumées par la mise en œuvre des règles de dévolution légale – et insidieux – l'époux survivant qui engendre la famille légitime est exclu ; tantôt allié, il est, en matière de *transmission des biens*, désaffilié¹¹⁰.

sans paraître avoir pensé innover au droit antérieur. Les Commissaires suivent cet exemple, et, jugeant la disposition convenable, en proposent l'adoption sans l'offrir en amendement.» Voir : CANADA, COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA, EN MATIÈRES CIVILES, préc., note 28, p. 120.

Par ailleurs, de façon plus contemporaine, le professeur Mayrand justifie cette limitation en s'en rapportant notamment au tribun Siméon, pour qui les affections présumées sont usées, voire n'existent plus au-delà au douzième degré. De nouveau, le fondement des affections présumées rejaillit ici avec force. Le professeur Mayrand, préc., note 31, n° 179, p. 153 et 154, écrit : « Dans son discours prononcé au Corps législatif français sur la loi relative aux successions, le tribun Siméon explique qu'« après le 12^e degré... les sentiments de famille sont si usés, que la plupart du temps on ne se connaît pas ». La règle des affections présumées cesse donc de jouer au-delà du douzième degré, car ces affections s'épuisent à remonter si loin. »

¹¹⁰ Il faut toutefois ici mentionner que le conjoint survivant pourra se prévaloir des droits afférant à son régime matrimonial et aux conventions matrimoniales qui régissent son union et qui permettent le *partage des biens* entre époux, que ce soit aux termes de la loi ou d'un contrat de mariage, dans lequel il est alors loisible aux époux – pacte de famille qui deviendra immuable – de renoncer aux protections prévues à la loi. Par exemple, le régime matrimonial légal est celui de la communauté légale de biens, les parties pouvant choisir de modifier ce régime ou de l'exclure et d'opter pour un autre régime par contrat de mariage, le plus souvent en séparation de biens (art. 1262 C.c.B.C.). Par ailleurs, en cas de **communauté légale de biens**, la veuve ou ses héritiers bénéficiaient de la faculté d'accepter ou de refuser le partage de la communauté (art. 1338 C.c.B.C.). En cas d'acceptation de la communauté par la veuve ou ses héritiers, l'époux survivant pouvait prendre la **moitié des biens communs**, essentiellement constitués des biens meubles des époux et des immeubles acquis pendant le mariage (art. 1272 et 1361 C.c.B.C.). Au décès de l'autre, l'époux survivant pouvait au surplus bénéficier de **droits de survie** – conférés par la loi ou par contrat de mariage. Par exemple, la veuve – et non le veuf – commune en biens peut se prévaloir d'un **droit d'habitation temporaire**, qui lui permet de vivre sur les provisions existantes, avec ses domestiques, pendant les quatre mois du décès du mari, sans devoir aucun loyer à la succession (art. 1352 C.c.B.C.). Elle bénéficie également d'un **droit de deuil** aux frais des héritiers. Ces droits lui sont dus même en cas de renonciation à la communauté (art. 1368 C.c.B.C.). À compter de l'adoption de la *Loi abolissant la continuation de communauté, créant l'usufruit légal en certains cas et amendant à cet effet les articles 1323 à 1337 du Code civil, inclusivement*, S.Q. 1897, c. 52, l'époux survivant commun en biens peut aussi réclamer l'**usufruit légal des biens de la communauté** venant à ses enfants du chef du conjoint prédécédé, et ce, jusqu'à ce que lesdits enfants atteignent 18 ans accomplis. La veuve – et non le veuf – peut au surplus bénéficier d'un **droit de douaire** (art. 1438

Fait notoire, les commissaires ne s'expliquent ni ne s'interrogent sur l'absence de vocation successorale *ab intestat* de l'époux survivant, semblant tenir pour acquis cet état de fait. Quant à Mignault, au-delà de la méfiance suscitée par la transmission des biens de l'époux prédécédé à la famille de l'époux survivant, il est celui qui rapporte, au sujet de l'absence de vocation successorale de l'époux survivant dans le droit nouvellement codifié, un oubli historique du législateur, oubli d'abord attribuable au législateur français puis vraisemblablement reconduit au Bas-Canada¹¹¹ :

C.c.B.C.), désormais soumis à une **obligation d'enregistrement** (art. 2116 C.c.B.C.) (ce qui en pratique, entraîne la disparition de l'institution, la formalité n'étant que rarement respectée) et auquel elle peut renoncer (art. 1444 C.c.B.C.). Enfin, les époux avaient notamment la faculté de s'avantager par des **donations contenues au contrat de mariage**, entre vifs ou à cause de mort, dont l'**institution contractuelle**, d'usage fréquent. Mignault, préc., note 81, p. 210 et 211, écrit à ce sujet : « Eusèbe de Laurière définissait l'institution contractuelle : “Un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage, au profit des époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble”. Inconnu du droit romain, qui poursuivait, avec une espèce de haine, les pactes sur les successions futures, elle devait son origine à la féodalité, dont elle servait admirablement les desseins, et elle réussit à obtenir droit de cité même dans les provinces de droit écrit, malgré l'ardente opposition des sectateurs du droit romain. L'avantage que l'institution contractuelle offre, c'est qu'elle assure le donateur contre le dessaisissement actuel de la donation entre vifs ordinaire, et le donataire contre la faculté absolue de révocation qui caractérise le testament. [...] Ainsi, notre droit, tout en prohibant rigoureusement les pactes sur succession future, a-t-il soin d'excepter de sa prohibition les pactes renfermés en un contrat de mariage (art. 658 et 1061). Ajoutons que l'institution contractuelle n'est que peu pratiquée en France, mais en cette province elle est d'un usage très fréquent. » [Je souligne]

¹¹¹ La même opinion est exprimée – cette fois au sujet des mœurs françaises – dans une thèse de doctorat déposée à la Faculté de droit de Paris en 1887 par Ch. Dupuis, avocat à la Cour d'appel. Afin de mettre en contexte les propos de Dupuis, nous reproduisons au long l'ensemble du passage pertinent : « La révolution avait privé la femme veuve des avantages que lui assurait l'ancien droit; le Code civil ne les lui rendit pas. En dehors de quelques droits de minime importance : la reprise des linges et hardes, le deuil, la nourriture et l'habitation pendant un délai assez court; il se borne à lui accorder le droit de succession à défaut de tout héritier ou successeur irrégulier du mari prédécédé, c'est-à-dire un droit le plus souvent illusoire. On a attribué cette lacune, dans l'œuvre du législateur de 1804, à une erreur commise par Treilhard au Conseil d'État. À la séance du 9 nivôse an XI, le Conseil discutait les articles du projet sur les successions, relatifs, à l'époux survivant. Maleville fit observer qu'on avait omis dans le projet “une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant lorsqu'il était pauvre et qu'il ne recueillait pas la succession”. Treilhard répondit que, par l'article 55, on lui accordait l'usufruit du tiers des biens de l'époux prédécédé, et la discussion sur ce point s'arrêta; or, ni l'art. 55 ni aucun autre article du projet ne contenait de semblable disposition. Pour qu'une telle erreur n'ait été relevée ni par le

La loi s'est montrée bien peu favorable au conjoint : elle le relègue au dernier rang, et lui préfère les parents les plus éloignés du *de cuius*. Quelle est la cause de cette rigueur ? Le législateur qui réglait la dévolution des biens d'après l'affection que nous sommes présumés avoir pour nos parents ne devait-il pas préférer le conjoint à certains collatéraux ? L'affection que nous portons à notre conjoint est, en effet, beaucoup plus vive que celle que nous accordons, par exemple, à des collatéraux du sixième..., du douzième rang.

Objectera-t-on qu'en appelant le conjoint à un rang trop rapproché, on aurait ainsi facilité la transmission des biens d'une famille dans une autre ? Mais on eût échappé à ce danger, en appelant l'époux survivant à l'usufruit, et les parents éloignés à la nue propriété des biens !

Cette rigueur de la loi à l'égard des conjoints ne peut s'expliquer qu'historiquement. Lorsqu'on discuta cette matière, un membre du conseil d'État ayant fait remarquer que l'époux survivant était oublié, et ayant proposé une disposition en sa faveur, un autre membre du Conseil d'État répondit qu'il était inutile de s'occuper du conjoint, parce que, dit-il, l'article 754 C.N.¹¹² lui avait déjà attribué le droit de concourir pour l'usufruit avec les collatéraux. Cette

Conseil d'État, ni par le Tribunal, il faut croire que les intérêts de la femme veuve ne préoccupaient que médiocrement ces assemblées. Que ce soit d'ailleurs le résultat d'une légèreté vraiment singulière ou d'une volonté réfléchie, le Code civil abandonne complètement aux conventions des époux ou à la libéralité du mari le soin de régler la situation de la femme après le décès de ce dernier. La loi supplée bien au défaut de dispositions en faveur des enfants ou autres héritiers du défunt ; elle n'y supplée pas en faveur de la femme. » [Je souligne] Voir : Ch. DUPUIS, *Du pouvoir du juge dans les actions de bonne foi en droit romain. Des droits accordés à la femme veuve par la coutume ou par la loi dans l'ancien droit et dans le droit moderne en droit français*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1887, p. 238 et 239. La professeure Anne Lefebvre-Teillard, préc., note 19, p. 208, ajoute et détaille : « l'usufruit du tiers sur les immeubles du prédécédé qui était encore prévu par le 3^e projet Cambacérés a disparu des projets suivants et du Code civil. Il paraît que le silence du Code est dû à une simple inadvertance... Le moins que l'on puisse dire est qu'il faudra du temps pour la réparer ! C'est seulement en 1891 que sera votée [en droit français] une loi accordant au conjoint survivant un quart en usufruit sur la succession du prédécédé, à un moment où le régime des pensions de retraite est par ailleurs en plein essor. En réalité, l'habitude bourgeoise de régler la question par contrat de mariage, donation ou testament paraît être l'explication majeure, sans compter qu'aux yeux de certains, la part de la communauté attribuée à la femme paraissait amplement suffisante. » [Je souligne]

¹¹² Dans sa version finale, l'article 754 du *Code Napoléon* parle non pas de l'époux survivant, mais bien de l'ascendant du *de cuius*, père ou mère, qui a survécu à l'autre – d'où l'emploi des termes « père ou mère survivant ». Pour mieux en saisir le libellé, nous reproduisons à la fois les articles 753 et 754 dudit code dans leur version d'origine :

erreur matérielle empêcha de donner suite à la proposition qui avait été faite en sa faveur.

Quoi qu'il en soit de cette raison, nos codificateurs ont adopté la règle de l'article 767 du code Napoléon, qui n'appelle le conjoint survivant qu'à défaut de parents au degré successible, sans même se demander si cette règle était juste ou injuste.¹¹³

Convenons-en, cette omission involontaire et l'absence de débat sur le sujet, pourtant fondamental quand il s'agit de discourir sur les affections présumées, en dit long sur la perception des commissaires et du législateur en lui-même. D'ailleurs, il est d'autant paradoxal de constater qu'afin d'expliciter l'exclusion de l'époux survivant au cas des donations entre vifs¹¹⁴, c'est cette même présomption d'affection qui est invoquée¹¹⁵. Quand il s'agit de l'époux survivant, l'affection présumée paraissait ainsi fonder sa mise à l'écart plutôt que son inclusion. En ce sens, le professeur Charron écrira « [qu']on ne s'est pas complètement débarrassé du besoin de conserver les biens dans la famille du sang : les conjoints, en 1866, ne s'aiment pas, selon le législateur »¹¹⁶. Aussi, il faudra attendre presque 50 ans avant que les affections

753. A défaut de frères ou sœurs ou de descendants d'eux, et à défaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, la succession est déferée pour moitié aux ascendants survivants ; et pour l'autre moitié, aux parens les plus proches de l'autre ligne.

S'il y a concours de parens collatéraux au même degré, ils partagent par tête.

754. Dans le cas de l'article précédent, le père ou la mère survivant à l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

¹¹³ P.-B. MIGNAULT, préc., note 27, p. 357 et 358. À ce même sujet, voir aussi : ANONYME, « Projet de loi amendant le Code civil relativement aux successions », (1905) 7 *R. du N.* 367, 370 et 371.

¹¹⁴ Cette prohibition était codifiée à l'article 770 C.c.B.C., en lien avec l'article 1265 C.c.B.C., qui ne les admettaient que par exception, au contrat de mariage des époux, lequel devenait immuable et ne pouvait plus être modifié à la suite du mariage.

¹¹⁵ À ce sujet, P.-B. MIGNAULT, préc., note 81, p. 45, écrit : « Notre article [768 C.c.B.C.] prohibant les donations entre concubinaires, sans distinction, lorsqu'elles dépassent une provision alimentaire, il n'y a pas lieu de se demander si ces donations sont permises entre concubinaires qu'aucun obstacle n'empêcherait de contracter mariage. En effet, il est défendu aux époux de se faire des donations l'un à l'autre, car on craint que l'affection qu'ils se portent ne les induise à se dépouiller de leurs biens. Or, cette raison acquiert plus de force dans le cas d'un concubinage même simple, les passions déréglées étant généralement plus fortes et surtout plus aveugles que les affections légitimes. »

¹¹⁶ C. CHARRON, préc., note 46, 208. De son côté, le professeur MAYRAND, préc., note 31, n° 138, p. 118, écrit que « [l]a règle des affections présumées se trouvait ainsi complètement mise de côté à l'égard du conjoint, car on est tout de même censé avoir plus d'affection pour son conjoint que pour un collatéral au douzième degré ».

présümées ne se colorent différemment et s'affranchissent du poids de la famille-souche, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la *Loi Pérodeau*¹¹⁷, qui marque l'admission de l'époux survivant dans le cercle des héritiers légitimes, en même temps que l'éclosion d'une authentique conception « conjugale » en matière de dévolution légale des successions¹¹⁸.

B. Onde seconde : l'époux, héritier légitime

En 1905, le notaire Narcisse Pérodeau¹¹⁹, professeur et membre du Conseil législatif du Québec, présente pour la première fois un projet de loi proposant la reconnaissance d'un droit de succession légitime en faveur de l'époux survivant¹²⁰. Les idées de protection du survivant et de solidarité conjugale sont omniprésentes dans son esprit, s'agissant du but avoué du projet de loi, le fondement des affections présümées ne paraissant pas avoir été invoqué par lui¹²¹. Aussi, cette période en sera une de grands débats

¹¹⁷ Préc., note 10.

¹¹⁸ La professeure Castelli écrit qu'avant que ne cristallise une conception « conjugale » du droit successoral, il faudra forcément dépasser le stade qui correspond à une conception plus « personnelle » du droit des successions – stade que consacre l'avènement du *Code civil du Bas-Canada*. Plus précisément, elle écrit : « Il faut cependant cette étape intermédiaire et son dépassement (qui peut prendre plus ou moins de temps en raison de la force de l'individualisme), pour que le conjoint se voit [sic] accorder des droits de succession : lui reconnaître de tels droits est lié non seulement à la déchéance de la conception lignagère du patrimoine, mais à l'avènement d'une nouvelle conception, à l'émergence et à l'admission d'une nouvelle "copropriété" d'arrière-plan, non plus celle de la famille lignagère, mais celle de la famille conjugale et tout particulièrement du conjoint. » Voir : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 416.

¹¹⁹ Pour consulter la biographie de Narcisse Pérodeau, voir : *Dictionnaire bibliographique du Canada*, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/perodeau_narcisse_16F.html> (consulté le 28 mars 2023).

¹²⁰ Le projet de loi est reproduit au long dans la *Revue du Notariat* : ANONYME, préc., note 113. Suivant la proposition initiale, l'époux survivant devait prendre la moitié de la succession aux côtés de l'enfant. De même, en présence de plus d'un enfant, l'époux survivant ne recueillerait que le tiers de la succession, les deux tiers excédentaires étant dévolus aux enfants. En l'absence de postérité, l'époux survivant devait hériter aux côtés des père et mère du *de cuius*, les deux tiers de la succession lui étant alors réservés, l'autre tiers étant dévolu aux père et mère. Enfin, en présence d'une postérité, du père ou de la mère du *de cuius*, l'époux survivant devait renoncer à tous ses droits dans la communauté de biens, le cas échéant, de même qu'à tous ses gains de survie afin de pouvoir succéder.

¹²¹ ANONYME, préc., note 113, 373-375. En effet, pourtant présent dans la doctrine, le fondement des affections présümées n'est pas invoqué par Pérodeau lors de la présentation

au sein de la communauté politico-juridique¹²². Deux conceptions des règles de dévolution légale s'affronteront, sans pour autant altérer la conception personnelle qui, depuis 1866, sied au droit successoral : d'une part, la vision lignagère de la dévolution des biens, qui favorise la famille-souche et s'attache à la conservation des biens dans la famille, et d'autre part, la vision « conjugale » plus moderne des règles de dévolution légale, qui se préoccupe davantage de la famille-foyer et du sort du conjoint survivant au décès de l'autre.

En 1915, après moult tergiversations¹²³, la famille-foyer triomphe¹²⁴. Dans son discours introductif au conseil législatif¹²⁵, le notaire Pérodeau évoque d'ailleurs l'état de gêne dans lequel se retrouve trop souvent la veuve séparée de biens – qui abandonne plus qu'elle ne prend dans son contrat de mariage – et à l'injustice générée par la loi, les arguments de protection de l'époux survivant et de solidarité entre époux étant centraux à son

de son projet de loi, pas plus qu'avant son adoption unanime par le Conseil législatif. Pour consulter les discours prononcés par Pérodeau en ces deux occasions, voir : ANONYME, préc., note 113, 369-378 ; ANONYME, « Droits du conjoint survivant », (1914) 16 *R. du N.* 209, 213-221.

¹²² Voir notamment les positions exprimées ou rapportées dans les textes suivants : ANONYME, « Du conjoint survivant » (1905) 8 *R. du N.* 33 ; Léandre BÉLANGER, « Du conjoint survivant », (1905) 8 *R. du N.* 193 ; Jean-Jacques BEAUCHAMP, « Législation. Ordre des successions », (1906) 12 *R.L.* 18 ; Frederick Parker WALTON et Pierre-Basile MIGNAULT, « Droits du conjoint survivant », (1913) 16 *R. du N.* 129 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 97-101.

¹²³ L'Assemblée législative s'est en effet divisée, après l'étude en comité général, à 39 pour et à 18 contre la motion relative à la troisième lecture du projet de loi, avant que le Conseil législatif ne donne son aval audit projet de loi sans apporter d'amendements : QUÉBEC, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Journaux de l'Assemblée législative de la Province de Québec*, 3^e sess., 13^e légis., 18 février 1915, p. 218 ; QUÉBEC, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Journaux de l'Assemblée législative de la Province de Québec*, 3^e sess., 13^e légis., 5 mars 1915, p. 367.

¹²⁴ Dans son premier traité sur le droit de la famille, publié en 1971, le professeur Pineau écrit : « [E]n 1915, on permit à un époux de succéder à l'autre, faisant ainsi disparaître la contradiction relevée précédemment ; la famille-foyer l'emporte sur la famille-souche. » Voir : Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971, n^o 10, p. 9. Dans la même veine, le professeur Brière écrit : « [l]'idée de famille-foyer a cependant fini par supplanter celle de famille-souche ; les conditions dans lesquelles le conjoint survivant a accédé à la vocation successorale, en 1915, en constituent une preuve. » Voir : Germain BRIÈRE, *Les successions*, coll « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, n^o 36, p. 43.

¹²⁵ Pour consulter ce discours, voir : ANONYME, préc., note 121, 213-221.

discours¹²⁶. Il rappelle en outre que le principe de liberté de tester demeure intact¹²⁷ et formule un argument de nature historique, s'en rapportant au droit romain, qui admettait dans les Novelles de l'empereur Justinien un droit de succession du survivant miséreux – la *quarte* du conjoint pauvre¹²⁸. Il fait état du droit français prérévolutionnaire, aboli en 1789, qui, tant en pays de droit écrit que coutumier, contenait des dispositions de nature à protéger l'époux survivant. De fait, alors qu'en pays de droit écrit, on reconnaissait l'existence d'une *quarte* du conjoint pauvre et de gains de survie – par exemple l'augment de dot, le contre augment, les droits de deuil, de viduité, d'habitation, de bagues et bijoux –, les pays de droit coutumier – dont Paris – protégeaient la veuve par le régime de communauté de biens et par le douaire coutumier¹²⁹. Il souligne enfin que le droit français codifié admet désormais, à l'article 767 du *Code Napoléon*, certains droits de succession en faveur de l'époux survivant, et ce, depuis la réforme du 9 mars 1891, initiée notamment par M. Delsol consécutivement à l'erreur matérielle commise au moment de la codification¹³⁰, tout en notant que d'autres législations étrangères admettent une vocation héréditaire de l'époux survivant, dont le droit allemand, autrichien, italien, espagnol et anglais¹³¹.

L'écart entre l'affection présumée « codifiée » et l'affection présumée « avérée » est dès alors comblé. La *Loi Pérodeau* modifiera en substance les règles de dévolution légale, en particulier le contenu de l'article 624 C.c.B.C., les autres amendements étant requis à des fins de concordance dans la rédaction du texte¹³². Le nouveau principe est édicté à l'article 598 C.c.B.C.

¹²⁶ ANONYME, préc., note 113, 375; ANONYME, préc., note 121, 213-216.

¹²⁷ ANONYME, préc., note 113, 375-376; ANONYME, préc., note 121, 213.

¹²⁸ Cette quarte du conjoint pauvre (plus spécialement de l'époux n'ayant pas apporté de dot ou de donation *ante nuptias*, qui est pauvre et dont l'époux prédécédé est riche) fait l'objet des Novelles 53 (chapitre 6), 74 (chapitre 5) et 117 (chapitre 5) du *Code Justinien (Corpus juris civilis. Novellae constitutiones)*, dont le texte traduit en français est reproduit dans l'ouvrage suivant: Alphonse Marie Marcellin Thomas BÉRENGER, *Les Novelles de l'empereur Justinien, traduites en français par M. Bérenger fils, de Volence (Drôme)*, t. I, Metz, Lamort, 1811, p. 345-347 et 426; Alphonse Marie Marcellin Thomas BÉRENGER, *Les Novelles de l'empereur Justinien, traduites en français par M. Bérenger fils, de Volence (Drôme)*, t. II, Metz, Lamort, 1811, p. 137. Pour un exposé relativement à la quarte du conjoint pauvre, voir: Juliette M. TURLAN, « Recherches sur la quarte du conjoint pauvre », (1966) 44 *Rev. his. dr. fr. et ét.* 210.

¹²⁹ ANONYME, préc., note 113, 371.

¹³⁰ *Id.*, 371-373; ANONYME, préc., note 121, 216-218.

¹³¹ ANONYME, préc., note 113, 376-378; ANONYME, préc., note 121, 218-220.

¹³² ANONYME, « Droits du conjoint survivant (suite et fin) », (1914) 16 *R. du N.* 225, 225.

(1915), qui fait entrer dans l'hérédité, à titre de successeur légitime, l'époux survivant :

598. La succession *ab intestat* se divise en légitime, qui est celle que la loi défère à l'époux survivant successible et aux parents, et en succession irrégulière quand, à défaut d'époux survivant successible et de parents, elle est dévolue au souverain.

Peu importe son régime matrimonial¹³³, l'époux survivant prendra place au sein du premier ou du second ordre de succession, suivant des modalités qui diffèrent selon le scénario envisagé¹³⁴. Plus spécialement, les nouveaux articles 624*a*, 624*b*, 624*c* et 624*d* C.c.B.C. s'intéresseront au sort de l'époux survivant¹³⁵. Si le *de cuius* ne laisse ni postérité, ni père ou mère, ni frères, sœurs, neveux ou nièces, l'époux survivant prend la totalité de la succession¹³⁶. En présence d'une postérité, l'époux survivant prend le tiers de la succession, les enfants héritant des deux autres tiers. En l'absence de postérité mais en présence du père ou de la mère du *de cuius*, de même que des frères, sœurs, neveux ou nièces du *de cuius*, la succession est partagée en trois quotes-parts. L'époux survivant prend le tiers de la succession, un second tiers est dévolu aux père et mère du *de cuius*, alors qu'un troisième tiers revient aux frères et sœurs, voire aux neveux et nièces du défunt, le cas échéant. Enfin, si le *de cuius* laisse un époux survivant et ses père ou mère, mais ni frères, sœurs, neveux ou nièces, l'époux survivant prend la moitié de l'hérédité, l'autre moitié étant dévolue aux père et mère. Pareillement, si le *de cuius* laisse un époux survivant et des frères, sœurs, neveux ou nièces, mais ni père ou mère, le survivant prend la moitié de l'hérédité alors que les frères et sœurs, voire neveux et nièces, prendront l'autre moitié¹³⁷.

¹³³ ANONYME, « Droit du conjoint survivant à la succession du conjoint prédécédé », (1916) 18 R. du N. 353, 355.

¹³⁴ L'article 614 C.c.B.C. (1915) édicte : « 614. Les successions sont déferées à l'époux survivant successible, aux enfants et aux descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux dans et suivant les règles ci-après déterminées. »

¹³⁵ ANONYME, préc., note 132, 225 et 226; ANONYME, « Droit du conjoint survivant à la succession du conjoint prédécédé », (1916) 18 R. du N. 353, 357 et 358.

¹³⁶ L'article 624*a* C.c.B.C. prévoit : « 624*a*. L'épouse succède à son mari et le mari à son épouse, lorsque le défunt est sans postérité et sans père ou mère vivants ou sans parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement. »

¹³⁷ L'article 624*b* prévoit :

624*b*. Si le défunt laisse un époux successible et une postérité, l'époux survivant succède pour un tiers et le ou les enfants héritent des deux autres tiers qu'ils se partagent par égales portions s'il y a plus d'un enfant.

En bref, c'est dire que l'époux survivant prend place aux côtés des membres de la famille légitime occupant les degrés plus rapprochés du *de cuius*¹³⁸. Il n'est plus un successeur irrégulier, pas plus qu'il n'est exclu par le lignage jusqu'au douzième degré¹³⁹. Au contraire, il supplante la famille collatérale

Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successible et un père et une mère, ou l'un ou l'autre, et des parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant hérite d'un tiers, les père et mère survivants ou l'un d'eux, héritent d'un tiers, et les parents collatéraux ci-dessus désignés de l'autre tiers.

Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successible et un père ou une mère, ou les deux, mais n'a pas laissé de parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié, et l'autre moitié est dévolue aux père et mère, ou à l'un ou l'autre, selon le cas.

Si le défunt est mort sans postérité et ne laisse ni père ni mère, mais laisse un époux successible et des parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié, et l'autre moitié est dévolue aux parents collatéraux ci-dessus désignés.

¹³⁸ À l'exception, toutefois, de l'époux survivant dont l'époux prédécédé était mineur, de même que de l'époux survivant dont l'époux prédécédé a été frappé d'interdiction avant l'entrée en vigueur de la loi, qui demeurent exclus de la succession.

Quant à l'époux prémourant mineur, l'article 624*d* C.c.B.C. prévoit :

624*d*. L'époux survivant est exclu de la succession lorsque l'époux prédécédé est mort en minorité.

On a justifié cette disposition au motif que l'époux prémourant mineur n'aura pu tester pour exclure l'époux survivant, contrairement à l'époux prémourant majeur : « Comment un mineur pourrait-il exclure son conjoint, puisque sa minorité l'empêche de faire un testament (833 C.c.). On n'a pas voulu lui imposer un successeur qu'il ne peut écarter quelque désir qu'il en ait. » Voir : ANONYME, préc., note 133, 355. Cet argument paraît bancal en ce qu'on aurait pu tout autant le faire valoir à l'encontre de la famille légitime du *de cuius* mineur. En cela, il recèle encore d'une certaine méfiance – plutôt atténuée, j'en conviens – à l'égard de l'époux survivant, qui n'est en principe qu'un allié, et non un membre de la famille légitime par le sang du *de cuius*.

Quant à l'époux prémourant interdit, l'article 14 de la *Loi Pérodeau* indique :

14. Le conjoint, survivant actuellement, est aussi exclu de la succession quand l'époux décédé a été interdit avant l'entrée en vigueur de la présente loi et meurt sans que cette interdiction ait été levée.

Cette disposition paraît d'autant discutable que tous les interdits n'étaient pas légalement incapables de tester. Elle n'est d'ailleurs pas conforme au texte qu'aurait souhaité voir adopté le professeur Pérodeau. Voir : ANONYME, préc., note 133, 355 et 356.

¹³⁹ En effet, je rappelle que jusqu'en 1915, l'époux survivant était relégué au rang de successeur irrégulier, prenant place après la famille du défunt – même très éloignée, laquelle pouvait se réclamer d'un droit de succession légitime jusqu'au douzième degré, par préférence à l'époux survivant. Un auteur écrit : « Jusqu'en 1915 les successions étaient dévolues à tous les parents, jusqu'au douzième degré, dans l'ordre indiqué aux

au-delà du troisième degré – et même au troisième degré lorsqu’il s’agit des oncles et tantes – en plus de se dresser aux devants de la famille en ligne directe ascendante au-delà du premier degré. Aussi, seule la famille en ligne directe descendante ne sera jamais écartée au profit de l’époux survivant, étant toutefois contrainte de partager avec lui une portion de la succession – le tiers.

Il s’agit là d’une évolution majeure dans l’histoire du droit des successions québécois : d’étranger dangereux, l’époux survivant accède au statut d’héritier légitime, pouvant désormais prétendre à au moins une part de l’hérédité en matière de dévolution légale des biens¹⁴⁰. Préoccupé par des impératifs de solidarité familiale et de protection du survivant, le législateur admet ainsi que l’affection dont l’époux survivant est en principe l’objet se traduise par la reconnaissance d’une vocation successorale dans la succession de l’époux prédécédé *ab intestat*¹⁴¹. Pour pouvoir succéder *ab intestat*,

articles 606 et suivants du code civil. En l’absence totale de parent jusqu’à ce degré, la succession était attribuée à l’époux survivant et, en l’absence de tel époux, à la Couronne. Ainsi donc, des parents à peu près inconnus l’emportaient, dans l’attribution des biens, sur un époux ou une épouse qui aurait vécu pendant trente, quarante, cinquante années avec le conjoint prédécédé, faisant preuve continuellement de dévouement, d’abnégation, de douceur, travaillant de toutes ses forces à augmenter la fortune de son conjoint séparé de biens. Le législateur poussait même si loin la rigueur de ses principes qu’il ne faisait pas du conjoint un successeur régulier, mais le rangeait parmi les successeurs irréguliers. Il lui fallait demander d’être envoyé en possession.» Voir : ANONYME, préc., note 133, 353. Voir aussi : M. D. CASTELLI, préc., note 8, 417 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 102.

¹⁴⁰ À ce sujet, la professeure Christine MORIN, préc., note 11, p. 103, écrit : « En faisant du conjoint survivant un héritier légitime, celui-ci cesse d’être considéré comme un “étranger” en regard des biens de son époux et il devient un accessible à part entière, au même titre que les membres de la famille du défunt liés par le sang. La famille nucléaire est, dès lors, favorisée par rapport à la famille lignagère dans le droit successoral québécois. »

¹⁴¹ Au sujet de la *Loi Pérodeau*, le professeur A. MAYRAND, préc., note 31, p. 118 et 119, écrira plus tard : « Elle avait pour but principal de protéger la femme mariée à une époque où l’on commençait déjà à délaisser le régime de la communauté pour adopter celui de la séparation de biens. Il est vrai que les avantages stipulés au contrat de mariage pouvaient réparer l’injustice du nouveau régime, mais ces avantages étaient la plupart du temps insuffisants. De plus, même sous le régime de communauté conventionnelle, il y avait injustice lorsque les biens de la communauté étaient de peu d’importance en comparaison des biens propres du *de cuius*. » Dans le même sens, il ajoute, *id.*, p. 130 : « Les droits de survie dérivant de la loi sont assez nombreux, surtout en faveur de la femme. Leur origine remonte à l’ancien droit ; il fallait assurer à la femme les ressources

l'époux survivant est néanmoins assujéti à une condition supplémentaire en présence d'une postérité, des père, mère, frères, sœurs, neveux ou nièces du *de cuius*. La règle de l'interdiction de cumul le contraint alors à renoncer à tous ses droits dans la communauté de biens ou à faire rapport à la masse, selon le cas, de même qu'à renoncer à tous ses droits de survie¹⁴² et à ses droits dans les polices d'assurance contractées en sa faveur par le pré-mourant¹⁴³.

nécessaires pour subvenir à ses besoins, vu qu'elle n'héritait pas. On peut même considérer que le droit d'hériter du conjoint, accordé en 1915, est le perfectionnement des droits de survie, l'aboutissement de leur évolution.»

¹⁴² Le professeur A. MAYRAND, préc., note 31, n° 156, p. 130, est d'avis que la renonciation aux droits de survie s'étend à ceux qui ont été consentis par l'époux prédécédé, et non à ceux qui ont été consentis par des parents ou des tiers à l'occasion du contrat de mariage.

¹⁴³ L'article 624c prévoit :

624c. S'il y a postérité, ou un père ou une mère ou les deux, ou des parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, selon le cas, l'épouse, pour pouvoir succéder à son mari, doit renoncer à tous ses droits dans la communauté de biens qui peut avoir existé, entre eux, ainsi qu'à tous les droits de survie qui lui échoient par son contrat de mariage ou par la loi, y compris le douaire; et le mari ne peut succéder à son épouse sans retourner d'abord à la masse, comme s'il s'agissait d'un rapport fait en vertu de l'article 700, sa part dans la communauté de biens qui a pu exister entre lui et son épouse, au cas d'acceptation de telle communauté par la succession de la femme, ou abandonner à la masse tous les droits ou avantages que peut lui conférer le contrat de mariage qui a pu exister entre eux. Dans le cas du présent article, le conjoint survivant, pour pouvoir succéder à son conjoint défunt, doit aussi, renoncer à ses droits dans le produit des polices d'assurance contractées en sa faveur par le conjoint défunt, et rapporter tel produit à la masse.

Il faut noter que le libellé de l'article 624c al. 1 C.c.B.C. distingue entre les obligations de l'épouse survivante et celles de l'époux survivant. Ce choix s'explique aisément. D'une part, comme il revenait uniquement à la veuve ou à ses héritiers de renoncer à la communauté de biens ayant pu exister pendant le mariage en vertu de l'article 1338 C.c.B.C., et d'autre part, puisque le douaire ne bénéficiait qu'à la veuve et à ses enfants suivant les articles 1438 et suiv. C.c.B.C., le libellé de l'article 624c C.c.B.C. a dû être ajusté en conséquence. En ce sens, contrairement à l'épouse survivante, l'époux survivant n'aura pas, *stricto sensu*, à renoncer à ses droits dans la communauté, pas plus qu'il ne pourra renoncer au droit de douaire, qui ne lui appartient pas. Or, une obligation semblable pèsera sur ses épaules. Si les héritiers de l'épouse prédécédée acceptent le partage de la communauté, l'époux survivant devra retourner à la masse sa part dans la communauté de biens. À l'opposé, si les héritiers de l'épouse prédécédée renoncent au partage de la communauté de biens, l'époux devra abandonner à la masse tous les droits ou avantages que pouvait lui conférer son contrat de mariage.

En d'autres termes, en l'absence de testament de l'époux prémourant, l'époux survivant est alors placé devant un choix¹⁴⁴ : se prévaloir des conventions matrimoniales qui ont pu régir son union, de même que des polices d'assurance contractées en sa faveur par le prémourant, ou opter en faveur de son droit de succession légitime¹⁴⁵. On a ainsi voulu avantager l'époux survivant, mais non pas doublement, dans la mesure où un autre régime – matrimonial ou d'assurance – l'avantageait déjà :

La nouvelle loi a voulu empêcher le conjoint survivant de rester relativement pauvre alors qu'une succession considérable pouvait échoir [sic] à des parents éloignés de l'époux prédécédé, mais elle ne veut pas, cependant l'enrichir outre mesure. L'époux doit choisir ou garder ce à quoi il ou elle aurait droit en vertu de l'ancienne loi ou bien venir se prévaloir des bienfaits de la loi Pérodeau[.]¹⁴⁶

Cette règle sur l'interdiction du cumul marquera plus d'une génération de familles, ayant survécu pendant près de 75 ans, soit jusqu'à son abrogation en 1989, alors que le législateur québécois créait le patrimoine familial et adoptait le principe de survie de l'obligation alimentaire avec l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*¹⁴⁷. À cette occasion, la vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant demeurera toutefois *in se* intouchée. Ainsi, bien que le conjoint survivant puisse de nos jours cumuler ses avantages matrimoniaux et ses droits de succession et puisse éventuellement se réclamer d'une créance alimentaire *post mortem*, il occupe la même place, *mutadis mutandis*, au premier ordre de succession. Pérodeau persiste encore et signe : plus de 100 ans après la

À ce sujet, voir : ANONYME, préc., note 113, 374 et 375 ; ANONYME, préc., note 133, 360 et 361.

¹⁴⁴ Pour une illustration des conséquences de ce choix sur le plan du calcul du montant auquel pourra prétendre l'époux survivant, voir : ANONYME, préc., note 133, 358-360.

¹⁴⁵ Au cas où l'époux choisirait son droit de succession légitime, il sera tenu, comme tout autre héritier, de faire rapport à la masse successorale des donations entre vifs consenties en sa faveur par le *de cuius*, et ce, en vertu de l'article 712 C.c.B.C. Plus spécialement, puisqu'il est ici question d'époux, on parle plus spécialement du rapport, par l'époux survivant, des donations entre vifs que lui a consenties l'époux prédécédé par contrat de mariage. Voir : ANONYME, préc., note 133, 362 ; A. MAYRAND, préc., note 31, n° 158, p. 132. Pour des illustrations chiffrées quant à l'option que devait exercer le conjoint survivant, voir *id.*, n° 158, p. 132-135.

¹⁴⁶ ANONYME, préc., note 133, 353 et 359. Voir aussi : A. MAYRAND, préc., note 31, n° 151, p. 124 et 125 ; C. MORIN, préc., note 11, p. 101 et 102.

¹⁴⁷ L.Q. 1989, c. 55, art. 25.

mise en vigueur de « sa » loi, en présence d'une postérité, l'époux survivant aura droit, toujours, au 1/3 de la succession¹⁴⁸. Pièce législative unique en matière successorale, la *Loi Pérodeau* aura ainsi été déterminante à l'égard de la dévolution légale des biens aux XX^e et XXI^e siècles, d'où l'intérêt d'encore s'y rapporter aujourd'hui.

*
* * *

De Paris à Pérodeau, les conceptions présidant aux règles de dévolution légale se seront largement transformées. À l'époque de la Nouvelle-France, les règles de dévolution légale sont marquées d'une puissante volonté de conserver les biens dans la famille du défunt. La conception lignagère des règles de dévolution légale s'impose avec une telle force que la Coutume de Paris, applicable en ce territoire, institue un bon nombre de mesures destinées à contraindre le défunt dans la disposition de ses biens. La nature et l'origine des biens ont une emprise fondamentale sur le sort que l'hérédité subira et colorent les règles de dévolution *ab intestat*. De complexes mesures, dont la réserve des quatre-quints et la légitime, sont alors établies au bénéfice de la famille lignagère afin d'assurer la conservation des biens du défunt dans la famille. La liberté de tester du défunt est en outre réduite telle une peau de chagrin, la Coutume de Paris formalisant cette réalité par le célèbre dictat « institution d'héritier n'a lieu ». Quant à l'époux survivant, il ne peut aspirer à aucun droit de succession. Au contraire, perçu comme un dangereux étranger susceptible de dépouiller la famille légitime du défunt de « ses » biens, il est frappé d'une incapacité de succéder à l'époux prémourant, même par testament. Les affections présumées doivent ainsi forcément être dirigées vers la famille légitime du défunt, vers le lignage, de manière à faire honneur à la mémoire des auteurs qui le composent, et à conserver parmi eux ou leurs descendants les biens de famille.

Avec l'avènement de l'*Acte de Québec*, qui marque l'importation du principe de liberté de tester dans une colonie désormais britannique, la donne se modifie de manière importante. Le défunt n'est plus limité dans la disposition de ses biens et peut tester à sa guise. La conception person-

¹⁴⁸ Il faut toutefois noter qu'au second ordre de succession, l'époux survivant peut, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, prétendre aux 2/3 de la succession plutôt qu'au 1/3 de celle-ci.

nelle du droit successoral, qui laisse une entière liberté au défunt, s'installe. Le défunt pourra d'ailleurs tester en faveur de son époux survivant, qui n'est plus frappé d'une incapacité de recevoir. La *Loi de 1801* vient confirmer cet état de fait, sur lequel certaines hésitations s'étaient illustrées. Aussi, ce n'est qu'en l'absence de testament que les règles édictées à la Coutume de Paris, en matière de dévolution *ab intestat*, trouveront application. À cheval entre une conception lignagère et personnelle du droit successoral, la période précédant la codification des lois bas-canadiennes recèle en cela d'une richesse toute particulière.

C'est cette période qui mènera à l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas-Canada*, lequel marque une consécration de la conception personnelle du droit successoral, les règles du droit coutumier parisien, qui prêtaient aux successions une vision lignagère, étant alors abrogées. Aussi, la liberté de tester s'y déploiera comme l'un des principaux piliers du droit successoral, le principe étant codifié à l'article 831 C.c.B.C. Quant à la dévolution *ab intestat* des successions, elle ne sera plus, sauf exception, influencée par la nature ou l'origine des biens, tel qu'édicté à l'article 598 C.c.B.C. La seule *qualité* des parents endeuillés dictera le sort de l'hérédité, les affections présumées étant celles que le législateur attribue au défunt en fonction d'une hiérarchisation de sa famille légitime. *A priori*, la famille-souche conservera une emprise fondamentale en matière de dévolution légale. En effet, dans la variation initiale du *Code civil du Bas-Canada*, l'époux survivant demeure toujours un sujet de méfiance. Ne se voyant pas reconnaître une authentique vocation successorale *ab intestat*, il est plutôt identifié comme un successeur irrégulier et prendra place après la famille légitime du défunt jusqu'au douzième degré, tout juste avant le souverain.

Cette « sévérité » à l'égard de l'époux survivant est attribuable à une erreur historique, d'abord matérialisée dans le *Code Napoléon* et que les commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada reconduisirent sans questionner plus avant le sort réservé à l'époux survivant. Fort d'un manque de protection de l'époux survivant, le législateur interviendra donc, quelque 50 ans plus tard, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la *Loi Pérodeau*. Dans cette seconde variation, les affections présumées prendront dès lors une nouvelle couleur : celle qui accepte que l'époux survivant soit plus qu'un sujet de méfiance, qu'un outil au profit de la famille légitime du défunt. À partir de 1915, la famille-foyer triomphe : la famille-souche est pour partie supplantée par l'époux survivant, laissant ainsi place à l'émergence

d'une conception « conjugalisée » des règles de dévolution légale, à la faveur de l'époux survivant.

De nos jours, une telle conception demeure d'ailleurs toujours en grande partie inchangée. En 2023 comme en 1915, l'époux survivant n'a droit qu'au 1/3 de l'hérédité au premier ordre de succession, soit en présence d'une postérité¹⁴⁹. Au second ordre de succession, il succède toujours en concours avec les ascendants ou collatéraux privilégiés du défunt, sujet désormais à recevoir les 2/3 de la succession plutôt que le 1/3¹⁵⁰. Le conjoint de fait – concubin d'autrefois – demeure quant à lui exclu, étant supplanté par la famille jusqu'au 8^e degré et en son absence, par l'État¹⁵¹.

L'état actuel du droit québécois, en particulier à l'égard du conjoint survivant, traduit-il encore véritablement les affections présumées d'un défunt-type? Comment expliquer cette évolution, alors que le droit commun québécois a fait l'objet d'une recodification ayant mené à l'entrée en vigueur, en 1994, du *Code civil du Québec*? Quelles recommandations l'Office de révision du Code civil a-t-elle formulé, en 1978, à l'égard de la vocation successorale du conjoint survivant¹⁵²? Quant au législateur québécois, comment s'est-il au surplus positionné sur cet enjeu lorsqu'en 2002, le conjoint uni civilement devenait un héritier légal à part entière, aux côtés de l'époux survivant¹⁵³? Le sort réservé au conjoint de fait survivant, qui n'est pas un héritier légal, est-il calqué sur les affections présumées du défunt¹⁵⁴? En bref, les règles de dévolution légale actuelles, en droit des successions québécoises, sont-elles en phase avec le fondement des affections présumées? Devraient-elles être repensées dans le cadre de la réforme du droit de la famille en cours? C'est ce qu'un examen des travaux de l'Office de révision du Code civil et des travaux législatifs entourant l'adoption du *Code civil du Québec* et de la *Loi 84* pourront notamment révéler dans une prochaine étude.

¹⁴⁹ Art. 672 et 673 C.c.Q.

¹⁵⁰ C'est le cas depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994.

¹⁵¹ Art. 653 C.c.Q.

¹⁵² Voir notamment: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, vol. II, t. I, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 258.

¹⁵³ En effet, la *Loi 84* marque l'avènement d'un nouveau mode de conjugalité calqué sur le mariage en droit québécois – l'union civile – faisant par le fait même du conjoint uni civilement survivant un héritier légal, au même titre que l'époux survivant: *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 38.

¹⁵⁴ À ce sujet, voir notamment: J. AUGER, préc., note 3; A. MALACKET, préc., note 3.