

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur*

Pierre CIOTOLA**

Résumé

La protection des volontés du testateur, tant formelle que substantielle, constitue la mission essentielle du tribunal. La recherche des intentions véritables du testateur guide le tribunal dans cette démarche. Cette question est analysée ici sous l'angle de l'interprétation judiciaire des volontés du testateur et sous celui de la discrétion judiciaire exercée, tant à l'égard du formalisme testamentaire qu'à celui du consentement libre et éclairé du testateur.

À la suite de la présentation des principes usuels d'interprétation des testaments, le présent texte traite,

Abstract

Protecting the wishes of the testator, in form as well as in substance, is the basic mission of the Court. The search for the true intentions of the testator is the guiding principle of the Court. That question is reviewed here from the perspective of the interpretation of the intentions of the testator and of the judiciary's discretionary power relating to the form of the will and in respect to the construction of the free and enlightened consent of the testator.

After explaining the common principles governing the interpretation of wills, this paper first analyses

* Nous tenons à remercier grandement Mesdames Sophie Morin, avocate (alors étudiante au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, année 2002-2003) et Cindy Martin (alors étudiante en 3^e année à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, été 2003) pour leur coopération bien appréciée dans la recherche des décisions pertinentes à cet article. Cet article tient compte de la doctrine et de la jurisprudence en date du 1^{er} novembre 2004.

Le deuxième volet de cette étude, intitulé « À la recherche du sens des expressions ou des institutions juridiques auxquelles fait référence le testateur » paraîtra sous peu dans la *Revue du Notariat*.

** Notaire, docteur en droit, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat.

dans un premier temps, de la protection de l'intention du testateur par les exigences de forme du testament. À cette fin, sont examinés la validité des documents préparatoires et des notes manuscrites, dactylographiées ou informatisées, ainsi que le pouvoir du tribunal de régulariser certains défauts de forme.

Le second volet de la protection de l'intention du testateur s'exprime par la recherche du consentement libre et éclairé de celui-ci. De cette protection découle la sauvegarde, si possible, du testament. Dans cette optique, on y souligne l'importance des présomptions légales (la présomption légale de capacité en dehors de tout régime de protection et la présomption variée d'incapacité sous un quelconque régime de protection) et la perspective dans laquelle les charges et les conditions d'un testament peuvent être révisées par le tribunal.

the protection of the intention of the testator through the requirements as to the form of the will. In this context, the author reviews the validity of preliminary documents and of handwritten or typed notes as well as electronic material (written with a computer), and he assesses the power of the Court to redress certain formal deficiencies.

The second aspect of the protection of the intention of the testator deals with the search for the free and enlightened consent on his part. Whenever possible, that objective should be the basis for the respect of a will. From that angle, the author stresses the importance of legal presumptions (the legal presumption of capacity outside any protective system and the variable presumption of incapacity under any protective system). In the same context he addresses the court's power to review any burdens and conditions imposed by a will.

Plan de l'article

Introduction	5
I. À la recherche des principes usuels d'interprétation des testaments	6
II. À la recherche des principes de protection de l'intention du testateur	15
A. Le clone difforme : la forme de tester ou l'art de substituer le juge au testateur	16
1. La préparation du testament : la diversité des documents préparatoires et la satisfaction du principe de l'intention de tester	16
2. L'écrit testamentaire : les notes (manuscrites, dactylographiées et informatisées) et la satisfaction de l'intention de tester	22
B. Le clone conforme : la volonté de tester ou l'art de substituer le juge au testateur	32
1. L'annulation du testament par le tribunal	33
2. La sauvegarde du testament par le tribunal	41
Conclusion	48

Les progrès biologiques et scientifiques nous ont sensibilisés au clonage. Le *Code civil du Québec* ne serait pas exempt de ce phénomène. Le testateur n'a-t-il pas son clone, non biologique mais juridique tout de même, le juge ? Ce phénomène peut être retracé comme leitmotiv constant du droit successoral et testamentaire. La recherche des intentions véritables du testateur guide le tribunal dans la reconnaissance d'un document comme testament et dans l'analyse des volontés ultimes du testateur. C'est ce que nous analyserons sous l'angle de l'interprétation judiciaire des volontés du testateur et sous celui de la discrétion judiciaire exercée tant à l'égard du formalisme testamentaire qu'à celui du consentement libre et éclairé du testateur¹. Une question fondamentale fera surface. Le pouvoir judiciaire s'est-il transformé au gré de l'évolution sociale ? Le pouvoir judiciaire s'est-il déplacé de l'analyse simple de la validité des actes et documents vers la réécriture de ces mêmes actes et documents pour en sauvegarder non pas seulement leur validité mais plutôt leur applicabilité face à des circonstances nouvelles, imprévues ou même surprenantes ? Le pouvoir judiciaire est-il dans les faits confronté à concilier « deux exigences contradictoires »², c'est-à-dire soutenir le formalisme comme sauvegarde à l'arbitraire ou soutenir une interprétation favorable des volontés ultimes du testateur en mitigeant le formalisme³ ? Le pouvoir judiciaire est-il,

¹ L'étude fait référence essentiellement aux articles et aux décisions qui peuvent être utiles dans l'analyse de cet aspect. Il est bien sûr opportun de consulter les traités et les ouvrages classiques sur le sujet. Germain BRIÈRE, *Les successions*, coll. « Traité de droit civil » présentée par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994 ; Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994 ; Germain BRIÈRE et Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, 3^e éd., « coll. Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 ; Germain BRIÈRE, *Les libéralités*, 8^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 ; Germain BRIÈRE, *Les successions ab intestat*, 9^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983 ; Germain BRIÈRE, *Précis du droit des successions*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1991 ; Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 ; J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, « Donations et testaments », Montréal, 1933 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théorèt, t. 3, 1897, t. 4, 1899 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.

² Raymond LE GUIDEDEC, « Institution d'héritier et legs », dans *Donations et Testaments*, J.-Cl., 1997, n^o 16.

³ Voir les dimensions du débat circonscrit plus amplement dans : R. LE GUIDEDEC, « Institution d'héritier et legs », dans *Donations et Testaments*, J.-Cl. 1997, n^o 17.

dans les faits, confronté à concilier des exigences aux antipodes, c'est-à-dire interpréter les volontés du testateur dans les limites de la légalité judiciaire et dans celles de l'interprétation acceptable des termes et mots employés ou à soutenir les volontés du testateur, réelles ou reconstituées, en tant qu'un impératif absolu ? L'interprétation testamentaire est parfois qualifiée comme étant une « interprétation créatrice »⁴.

I. À la recherche des principes usuels d'interprétation des testaments

La volonté du testateur doit dominer et cette affirmation ne souffre pas de contradictions. Le testateur impose sa volonté au-delà de la mort. Le testament révèle les intentions ultimes d'un testateur quant à ses biens. Diverses circonstances rendent parfois ambiguë l'interprétation d'un testament⁵ : l'ignorance du droit, la confusion des institutions juridiques, les termes imprécis employés par le testateur, les événements survenus depuis la rédaction du testament, le jeu des passions et des émotions. Est-il, dès lors, possible d'énoncer certaines règles qui peuvent nous guider dans l'interprétation d'un testament ? Et alors, quelles sont ces règles d'interprétation ? Ces règles peuvent être compilées de diverses manières. Elles sont rappelées de façon quasi systématique tant par les auteurs que par les tribunaux.

L'interprétation des testaments gravite autour de trois principes fondamentaux : (1) la prédominance de la volonté du testateur, (2) le respect des conditions inhérentes aux diverses institutions juridiques et celui des lois impératives et (3) le sens usuel des termes. Ces principes sont de l'essence même de l'interprétation des testaments : ils peuvent aussi être énoncés en reprenant les règles générales d'interprétation adaptées aux testaments.

(1) La liberté de tester est la règle et, pour y déroger, il faut une expression claire de la volonté du donateur ou du testateur ou une disposition de la loi⁶. Faute de dispositions testamentaires valides,

⁴ Michel GRIMALDI, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Paris, Litec, p. 380, n° 1487.

⁵ *Rép. civ.*, *V^{is} Testament*, n° 40.

⁶ *Tremblay c. Binette*, [1977] C.A. 23, 24 ; *Denis c. Denis*, J.E. 99-1519 (C.S.).

les biens sont dévolus d'après les règles de la succession *ab intestat*⁷. Le *Code civil du Québec* ne permet plus d'affirmer que la succession testamentaire est la règle et la succession *ab intestat*, l'exception, car il n'établit pas de régime différent entre la succession testamentaire et la succession *ab intestat* contrairement à l'ancien droit⁸. Il est vrai qu'une présomption de fait, invoquée en certaines circonstances, veut que le testateur soit censé disposer de l'ensemble de ses biens⁹; il est vrai aussi que cette même présomption est mise en échec dès la découverte d'une volonté autre de tester révélée par les termes employés¹⁰. Il est juste également d'affirmer que chaque testament reflète une situation particulière, un « cas d'espèce »¹¹ : les volontés du testateur ne font que manifester sa prérogative de disposer comme bon lui semble de ses biens¹². Dans *Haberman c. Godel*, le testateur dispose de ses biens en partie par de nombreux legs à titre particulier à ses neveux et à ses nièces et à des œuvres de bienfaisance, et laisse le résidu pour l'entretien de son lot au cimetière. Le liquidateur paie les legs à titre particulier et verse le coût d'un entretien du lot du testateur pour une période de 99 ans. Surprise ! Il reste encore un surplus de près d'un demi million de dollars. Les volontés du testateur ont été respectées par le liquidateur. Le surplus revient à la succession *ab intestat*; le tribunal n'a pas le pouvoir de réécrire le testament et encore moins celui d'attribuer le surplus aux légataires à titre particulier désignés dans le testament¹³.

⁷ Art. 613, 653 et 736 C.c.Q.

⁸ Art. 613 C.c.Q.; *Perreault c. Perreault*, [1979] C.S. 670.

⁹ *Phénix (Succession de) c. Phénix*, J.E. 2000-2124 (C.S.); *Fluet c. Guillemette*, [1989] R.L.n.s. 154 (C.A.); *Trust La Laurentienne du Canada Inc. c. Beullac*, J.E. 98-163 (C.S.).

¹⁰ *Renaud (Succession de)*, B.E. 97BE-863 (C.S.); *Haberman c. Godel*, B.E. 2003BE-685 (C.S.).

¹¹ *Meinkle c. Brown*, [1958] C.S. 293.

¹² *Lafrance (Succession de)*, J.E. 2003-798 (C.S.).

¹³ *Haberman c. Godel*, précité, note 10. Voir les propos suivants du juge Denis :
[I]l est un fait que la volonté de la testatrice doit être respectée, mais la Cour n'a pas le loisir de réécrire le testament non plus d'écarter les règles de la succession légale prévues au Code civil. [...] le testateur peut disposer d'une partie seulement de ses biens par testament; ce faisant le résidu est distribué selon les règles de la dévolution légale des successions; il n'existe aucune présomption légale que le testateur a disposé de tous ses biens.

(2) La recherche de l'intention du testateur étant primordiale¹⁴, elle l'emporte sur toute considération¹⁵. Les dispositions du *Code civil du Québec* reconnaissent la prédominance de l'intention du testateur. Les règles de la dévolution successorale réfèrent, règle générale, à la possibilité pour le testateur de disposer autrement de ses biens¹⁶. La succession d'une personne est dévolue d'après les prescriptions de la loi, « à moins que le défunt n'ait, par des dispositions testamentaires, réglé autrement la dévolution de ses biens »¹⁷. Les dispositions du *Code civil du Québec* prévoient également certaines règles fondamentales d'interprétation, comme la reconnaissance de la représentation en matière testamentaire ou encore la révocation présumée, du fait du divorce, d'un legs au conjoint fait antérieurement, sauf évidemment intention contraire du testateur¹⁸. Les règles relatives à la révocation testamentaire¹⁹ ou à la liquidation successorale²⁰ sont axées essentiellement sur la manifestation de la volonté du testateur. Il est constant pour les tribunaux d'affirmer que « la règle fondamentale en matière d'interprétation des testaments est le respect de la volonté des testateurs »²¹. Dans *Miller c. Berkowitz*, la Cour supérieure du Québec rappelle encore cette règle fondamentale :

*It has long been recognized that in interpreting a gift or a will, the courts should seek to reflect the true intention of the testator which is paramount. The testator's or donor's intention is to be gathered from the ordinary meaning of the words used by him, taking the deed as a whole. In cases of doubt, the intention must be determined by interpretation rather than by a strict adherence to the ordinary meaning of the words.*²²

¹⁴ *Demers (Succession de) c. Boily*, J.E. 99-2345, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 2767 (C.S.); *Côté c. Chénier*, J.E. 2000-1377 (C.S.); *Laroche c. Bergeron*, B.E. 99BE-450 (C.S.).

¹⁵ *Di Nunzio c. Simard*, B.E. 99BE-246 (C.S.); Hervé ROCH, *Testaments et vérification*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951, p. 39 et suiv.

¹⁶ Art. 653, 703 et 749 C.c.Q.

¹⁷ Art. 613, C.c.Q.

¹⁸ Art. 749 et 764, C.c.Q.

¹⁹ Art. 765 et suiv. et plus précisément 769 et 770 C.c.Q.

²⁰ Art. 778 et 833 C.c.Q.

²¹ *Florent c. Fortin*, J.E. 86-570, p. 6 du texte intégral (C.S.); *Haberman c. Godel*, précité, note 10, p. 7 du texte intégral.

²² *Miller c. Berkowitz*, J.E. 94-174 (C.S.).

L'interprétation conforme aux intentions du testateur prime celle que peut présenter un proche du défunt ou un successible frustré d'avoir été écarté de la succession. Ce principe du respect de la volonté du testateur est « un pôle vers lequel les magistrats orientent instinctivement leurs décisions lorsque des difficultés surgissent dans l'interprétation et dans l'application des testaments »²³ et confère au testament « une force obligatoire que l'on peut rapprocher de l'autorité dont jouit une disposition légale »²⁴. Cette recherche de l'intention du testateur veut « faire parler le mort ». Peut-elle alors être qualifiée de « divinatoire » ou de « boîte à surprises »²⁵ ? Cette interprétation, d'après la conception traditionnelle, « consiste à préciser une volonté qui ne s'est pas clairement exprimée mais qui n'en a pas moins existé au moment de l'acte »²⁶. Qu'il nous soit permis d'insister sur cette recherche de la volonté *au moment de l'acte*.

(3) Le juge peut faire appel aux dispositions consacrées à l'interprétation des contrats : les règles générales de l'interprétation des contrats peuvent être appliquées par analogie aux testaments²⁷. Le testament est appliqué sans interprétation si les termes sont clairs et précis²⁸. L'intention du testateur l'emporte sur le sens littéral des termes²⁹. Les termes employés cèdent devant l'intention présumée ou exprimée du testateur³⁰. Ce principe, énoncé dans *Métivier c. Parent*, est maintes fois rappelé :

[D]ans tout testament comme dans tout contrat on doit d'abord rechercher l'intention des parties. Cette intention doit se déduire du sens des

²³ Renaud DE BOTTINI, *Étude comparative sur l'autorité des dispositions testamentaires en droit français et dans la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 84, p. 99.

²⁴ *Id.*, n° 85, p. 99.

²⁵ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de droit civil : introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1994, n° 944, p. 309.

²⁶ Toulouse MIKALEF-TOUDIC, « L'interprétation du testament rejailit sur la qualification des libéralités », *Droit de la famille*, J.-Cl., Juin 1998, p. 25, à la page 27.

²⁷ *Métivier c. Parent*, [1933] R.C.S. 495, 498 ; *Amyot (Succession d')*, J.E. 99-828 (C.S.) ; *Gauthier c. Lambert*, [1968] C.S. 242 ; *Nixon c. Pinelli*, [2000] R.J.Q. 2858, 2861 (C.A.) ; *Simard c. Beaulieu*, J.E. 2002-2030 (C.S.) ; *Lafrance (Succession de)*, précité, note 12.

²⁸ Lucien LINOSSIER, *Le partage des successions confondues*, Paris, L.G.D.J., 1963, n° 220, p. 224.

²⁹ *Lafrance (Succession de)*, précité, note 12.

³⁰ Art. 737 C.c.Q. et 872 C.c.B.C.

termes « du contrat ou du testament » [...]. Ce n'est que si l'intention est douteuse que l'on doit s'écarter du sens littéral des mots.³¹

Et dans *Auger c. Beaudry*, il a été souligné que l'interprétation testamentaire est guidée essentiellement par « *the fair and literal meaning to the actual language of the will* » ou par la recherche du sens raisonnable des termes et du testament³² ou par celle d'« une interprétation honnête et littérale aux termes utilisés dans le testament »³³. Ne faudrait-il pas y voir une analogie avec l'interprétation de la loi telle qu'elle est édictée³⁴ ?

C'est la recherche de l'interprétation favorable à la validité et à l'efficacité du testament qui doit l'emporter ; ainsi le veut le principe du *favor testamenti*³⁵. Les volontés du testateur doivent permettre de choisir parmi diverses interprétations plausibles. C'est la recherche de l'interprétation qui donne le sens souhaité et désiré par le testateur, *ut potius valeat*³⁶. Cette recherche de la primauté des volontés du testateur se manifeste même dans le cas d'un testament qui ne désigne pas adéquatement le légataire : l'identité du légataire prendra appui autant dans le testament même que dans des circonstances entourant sa confection³⁷.

(4) Si une clause est susceptible de divers sens, il faut rechercher son effet dispositif plutôt que de lui retirer tout effet possible³⁸. Aux termes de l'article 1428 C.c.Q., « une clause s'entend dans le sens qui lui confère quelque effet plutôt que dans celui qui n'en produit aucun ». La recherche de l'intention du testateur se fait à la

³¹ *Métivier c. Parent*, précité, note 27, 498 ; *Paul c. Trudel*, [1954] B.R. 750.

³² *Auger c. Beaudry*, [1920] A.C. 1010 ; *Cartier c. Dupré*, [1971] C.S. 38, 42 ; *Bériault c. Héritiers de feu Philias Bériault*, J.E. 83-402 (C.S.).

³³ *Black (Succession de)*, J.E. 95-1582 (C.A.).

³⁴ *Demers (Succession de) c. Boily*, précité, note 14.

³⁵ Jean GUINARD et Martin STETTLER, *Droit civil II, Successions (art. 457-640 CC)*, 2^e éd., Fribourg, Suisse, 1992, p. 48.

³⁶ L. RAUCENT, *Les libéralités*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 1991, p. 250.

³⁷ Dans l'arrêt *Les héritiers de feu Marguerite Dupont c. Desgagné*, (1995) 66 Q.A.C. 79, J.E. 94-1707 (C.A.) ; J.E. 93-1108 (C.S.), le tribunal identifie Louis-Marie Desgagné comme légataire visé par le pronom « il » dans la clause suivante : « Je donne ma terre, bâtisses, etc... avec réparations, il devra s'occuper des frais personnels ». Voir au même effet : *Deschênes c. Chaunt*, C.A. Québec, n° 200-09-00800-927, 27 septembre 1994, jj. Nichols, Tourigny et Chamberland ; *Veilleux c. Veilleux*, J.E. 95-539 (C.S.) (appel rejeté).

³⁸ *Côté c. Chénier*, précité, note 14 ; *Lafrance (Succession de)*, précité, note 12.

lumière du testament même et de ses clauses³⁹. Aux termes de l'article 1427 C.c.Q., « les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat »⁴⁰. La personnalité du testateur ne doit pas être ignorée. Les sentiments et les affections peuvent guider le tribunal. Le testateur peut ainsi préférer sa famille consanguine à sa famille utérine⁴¹. Il peut préférer une compagne de vie à sa famille immédiate⁴² ou encore ses amis à sa famille⁴³. Il peut modifier ses intentions en raison d'un revirement de sentiments⁴⁴. Il est possible de s'en remettre, à titre subsidiaire, à l'expression des sentiments du testateur et de son entourage⁴⁵, à des documents externes ou à des témoignages de proches et d'amis⁴⁶. Le témoignage de témoins ordinaires peut être tout autant important que celui de témoins experts, notamment s'il ne porte pas sur des questions scientifiques, techniques ou spécialisées⁴⁷ ou encore s'il y a conflit entre les opinions scientifiques⁴⁸. Il est possible de prêter attention aux circonstances entourant la rédaction du testament⁴⁹. Aux termes de l'article 1426 C.c.Q., « on tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages ». Ces principes ont écho tant dans la doctrine française que dans la jurisprudence québécoise :

La recherche de l'intention véritable du testateur doit s'appuyer d'abord sur les éléments intrinsèques de l'acte, ceux qui sont fournis par le testament lui-même. Mais, à titre subsidiaire, si la disposition ne se suffit

³⁹ *Istead c. St-Louis (Succession de)*, J.E. 88-434 (C.S.).

⁴⁰ Voir, pour l'analyse de l'ensemble des clauses d'un testament et l'importance qui y fut attachée : *O'Neil c. O'Neil*, [1976] 1 R.C.S. 588 ; *Clouston c. Todd*, [1989] R.J.Q. 1176 (C.A.), [1985] C.S. 931.

⁴¹ *Murnaghan c. Alie*, J.E. 87-499 (C.A.).

⁴² *Fluet c. Guillemette*, précité, note 9.

⁴³ *Girard c. Cloutier*, (1992) 42 Q.A.C. 275, 280 (C.A.).

⁴⁴ *Caseault (Lemay) c. Parent-Leduc*, J.E. 84-59 (C.S.) ; *Alleyne c. Lang*, J.E. 97-495 (C.S.).

⁴⁵ *Alleyne c. Lang*, précité, note 44.

⁴⁶ *Demers (Succession de) c. Boily*, précité, note 14.

⁴⁷ *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses oeuvres*, [2001] R.J.Q. 1244, J.E. 2001-1129 (C.S.).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Côté c. Chénier*, précité, note 14 ; *Droit de la famille – 2831*, J.E. 97-2122 (C.A.) ; *Brochu c. Brochu*, J.E. 99-2111 (C.S.) ; *Dionne c. Dionne*, B.E. 2001BE-322 (C.S.).

*pas à elle-même, ils peuvent considérer des éléments extrinsèques au testament, tels les papiers domestiques, des usages locaux ou encore les habitudes individuelles du testateur. Encore faut-il que le testament comporte au moins un élément susceptible de soutenir l'interprétation proposée.*⁵⁰

Dans *Bégin c. Bilodeau*, le juge Taschereau reprend la règle fondamentale voulant que :

*[...] c'est dans le testament lui-même que doit être recherchée l'intention du testateur mais [...] il y a des cas où l'on peut s'inspirer aussi des circonstances particulières pour trouver ce que le testateur a véritablement voulu. Pour employer l'expression classique, il est alors permis de se placer dans « l'arm chair » du testateur, et de considérer les circonstances qui l'entouraient quand il a fait son testament.*⁵¹

Dans *Lapointe c. Schwartz*, le tribunal reprend la même règle :

*Il est reconnu que les mots utilisés et le sens ordinaire qui s'y attache ne constituent que deux des éléments d'appréciation pour découvrir l'intention du testateur. Les circonstances dans lesquelles le testament a été préparé, écrit et signé, la raison d'être d'une disposition qu'il contient, le but poursuivi et le motif de l'insertion d'un legs particulier, enfin la façon dont les parties impliquées se sont comportées à son égard sont d'autres facteurs pertinents et applicables à cette interprétation.*⁵²

Le recours à des éléments extrinsèques entend préciser la volonté exprimée « d'une manière imparfaite dans le testament »⁵³. Dans l'arrêt *Dupont (Succession de) c. Desgagné*, la Cour d'appel recherche l'identité du légataire, tout simplement désigné dans le testament par le pronom « il » ; elle réaffirme le même principe de la possibilité d'avoir recours à des éléments extrinsèques pour corroborer l'interprétation du testament :

Suivant la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il y a insuffisance de désignation de légataire, le Tribunal doit rechercher, dans un premier temps, si l'ensemble des dispositions du testament établissent l'intention du de cujus de favoriser une personne en particulier ; si oui, le Tribunal pourra

⁵⁰ *Qualification des legs*, J.-Cl., n° 17 (références jurisprudentielles françaises omises).

⁵¹ *Bégin c. Bilodeau*, [1951] R.C.S. 699.

⁵² *Lapointe c. Schwartz*, [1988] R.L. 70, 74 (C.S.).

⁵³ Paul DELNOY, *Les libéralités et les successions*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1991, p. 134 ; *Nixon c. Pinelli*, précité, note 27, 2861.

*recourir à des éléments externes de preuve, qui viendront préciser de manière concluante la démarche première.*⁵⁴

Peut entrer en considération la collaboration d'un homme de loi à la préparation du testament. Dans le cas d'un testament notarié, il faut croire que « les mots utilisés ont été choisis à dessein et, dans le but de réaliser les dernières volontés » du testateur⁵⁵. Il s'en dégage une présomption de fait que l'homme de loi peut préférer l'utilisation d'un mot plutôt qu'un autre et il est présumé connaître la différence de sens des termes susceptibles d'être employés tel « vendre » et « aliéner »⁵⁶.

(5) Le tribunal n'a pas à se substituer au testateur pour disposer de ses biens en ses lieu et place⁵⁷. Le tribunal doit prendre garde de ne pas substituer aux intentions du testateur soit la volonté d'un héritier soit la volonté de la justice⁵⁸. Ce principe est d'importance majeure en droit français : le juge ne peut dénaturer les volontés du testateur et encore moins réécrire le testament⁵⁹. Le tribunal doit prendre garde de « faire plus qu'interpréter le testament » ou « de refaire en partie le testament pour faire dire au testateur des choses qu'il n'a pas dites »⁶⁰. Il ne peut y avoir interprétation d'un testament que s'il y a ambiguïté ou obscurité ; autrement, le testament rédigé clairement et sans ambiguïté doit s'appliquer. Dans les faits, le juge ne cherche-t-il pas « à redresser les expressions maladroites, pour faire sortir du testament ce que le juge suppose que le testateur

⁵⁴ Dupont (*Succession de*) c. Desgagné, précité, note 37.

⁵⁵ Bélair-Thibert c. Levac, J.E. 86-833 (C.S.); *Istead c. St-Louis (Succession de)*, précité, note 39.

⁵⁶ Florent c. Fortin, précité, note 21, p. 9 du texte intégral.

⁵⁷ Dans l'arrêt *Phénix (Succession de)* c. *Phénix*, (précité, note 9), le tribunal rappelle qu'il n'a pas à régler les situations successorales que le testateur n'a pas prévues dans son testament.

⁵⁸ *Décarie c. Lemieux*, [1961] B.R. 840; *Leclerc c. Lafrance*, REJB 99-12608; [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 1578, J.E. 99-1174 (C.S.); *Haberman c. Godel*, précité, note 10.

⁵⁹ *Qualification des legs*, op. cit., note 50; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e éd., t. 3, Paris, Dalloz, 1931-1932, n° 1135, p. 911.

⁶⁰ *Prévost c. Trust Général du Canada*, [1957] C.S. 35; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil, Successions – Libéralités*, t. IV, 5^e éd., par Laurent LEVENEUR et Sabine MAZEAUD-LEVENEUR, Paris, Montchrestien, 1999, n° 1016, p. 332.

a voulu y mettre»⁶¹, et le juge s'en remet aux volontés plausibles, soit au jour de la confection du testament soit au jour du décès du testateur?

(6) Aux termes de l'article 1432 C.c.Q., « dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». Cette règle peut recevoir application de façon subsidiaire dans le domaine testamentaire. Elle peut équilibrer les intérêts opposés des légataires et des héritiers. Elle peut tantôt favoriser le légataire aux dépens de l'héritier s'il s'agit de l'existence d'un legs et, à l'opposé, favoriser l'héritier aux dépens du légataire s'il s'agit de l'étendue du legs⁶². L'équité entre les divers légataires et héritiers peut être un facteur prépondérant⁶³.

(7) L'interprétation par le tribunal doit satisfaire à un autre critère invoqué à l'occasion : l'interprétation doit être vraisemblable. L'interprétation peut-elle correspondre à l'intention vraisemblable « d'une personne en possession de son équilibre mental »⁶⁴ ?

(8) La recherche des volontés du testateur donne préséance aux dispositions d'ordre particulier par rapport aux dispositions d'ordre général. Deux clauses testamentaires peuvent être tout à fait à l'opposé l'une de l'autre. Dans une clause spécifique, le testateur ordonne au liquidateur d'aliéner une propriété léguée à titre particulier ; dans une clause d'ordre général établissant les pouvoirs du liquidateur, il retranche à celui-ci le pouvoir de disposer de tout immeuble légué à titre particulier. La clause d'ordre particulier l'emporte sur la clause d'ordre général comme le rappelle la décision *Richer c. Richer*⁶⁵.

⁶¹ Pierre GUIHO, *Cours de droit civil*, t. 8, « Les successions. Les Libéralités », Lyon, L'Hermès, 1983, n° 700, p. 616.

⁶² Jurisclasseur, Qualification des legs, n° 17 ; voir également : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil : les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1998, n° 505, p. 291 ; voir : *Œuvres de Pothier*, éditées par M. DUPIN, t. 7, Paris, Charles-Béchet, 1835, p. 402 (voir les règles sur l'interprétation des testaments).

⁶³ *Bériault c. Héritiers de feu Philius Bériault*, précité, note 32 ; *Black (Succession de)*, précité, note 33 ; *Desbarats c. Desbarats*, [1953] B.R. 765.

⁶⁴ *Lapointe c. Schwartz*, précité, note 52, 76.

⁶⁵ B.E. 2002BE-563 (C.S.).

(9) La recherche de l'intention du testateur semble également préoccuper les sociétés religieuses et philanthropiques avantagées tout autant que peuvent l'être les membres de la famille du défunt⁶⁶. Le legs de bienfaisance bénéficie d'une présomption favorable de validité⁶⁷; encore faut-il que le testateur soit sain d'esprit et le testament valide en la forme⁶⁸.

(10) La demande en jugement déclaratoire devient un véhicule privilégié pour l'interprétation testamentaire⁶⁹.

II. À la recherche des principes de protection de l'intention du testateur

Non seulement le législateur favorise la recherche de l'intention du testateur, encore doit-il la protéger contre tout détournement au profit d'héritiers ambitieux. Cette protection se fait à un double niveau : (A) par les exigences de forme et (B) par la recherche d'un consentement libre et éclairé.

La conformité aux règles de forme entend favoriser le respect des volontés exprimées. En ce cas, le juge est substitué au testateur et devient le clone difforme.

Au plan cognitif, la volonté du testateur doit s'exprimer librement et donc être exempte de vices de consentement. Le législateur entend s'assurer que le testateur exprime ses désirs en toute lucidité et compagne, de ce fait, la portée et les conséquences de son testament; il entend aussi le protéger évidemment contre la captation et le dol. Les tribunaux se voient confier le mandat de maintenir les dernières volontés du testateur même en présence de situations imprévues ou inusitées. En ces cas, le juge est substitué au testateur et en devient le clone conforme.

⁶⁶ *Panneton c. Mathieu*, B.E. 2002BE-456 (C.S.).

⁶⁷ *Valois c. Boucherville*, [1929] S.C.R. 234.

⁶⁸ *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, [2004] R.J.Q. 1089, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 2893 (C.A.).

⁶⁹ *Trust Général du Canada c. Dionne-Caron*, [1993] A.Q. (Quicklaw) n° 707, J.E. 93-921 (C.S.); *Lafontaine c. Lafontaine*, B.E. 99BE-895 (C.S.); *Laroche c. Bergeron*, précité, note 14.

A. Le clone difforme : la forme de tester ou l'art de substituer le juge au testateur

Les principes qui régissent la forme testamentaire sont bien connus. Le testament est constamment apparu comme un acte formaliste et les dispositions nombreuses du *Code civil du Québec* nous donnent lieu de croire qu'il en est encore ainsi en droit privé. Le testament doit respecter les formes prévues par la loi et l'on ne peut disposer de ses biens que par testament notarié, olographe ou devant témoins⁷⁰. Les formalités prescrites doivent être observées, à peine de nullité du testament sous la forme choisie par le testateur⁷¹. Les formalités prescrites par la loi sont à la fois un minimum et un maximum. On ne peut ajouter aux formalités prescrites ni soustraire aux formalités essentielles prescrites par la loi⁷². On peut toutefois admettre comme testament un document qui ne respecte pas les formalités prescrites en tant que minimum : la discrétion judiciaire conférée par l'article 714 C.c.Q. constitue à cet égard une exception au caractère essentiel des formalités prescrites en tant que minimum. Par le jeu de la discrétion judiciaire, le testament qui ne respecte pas ces formalités en tant que minimum peut être reconnu valide sous réserve de la protection des volontés ultimes du testateur. La reconnaissance d'un testament, qui n'en serait pas un s'il y avait application littérale des articles du *Code civil du Québec*, constitue un changement législatif majeur dans le domaine successoral et testamentaire.

1. La préparation du testament : la diversité des documents préparatoires et la satisfaction du principe de l'intention de tester

La préparation d'un testament est un geste très personnel qui comporte, pour plusieurs, des hésitations, des interrogations, des réticences et même des changements probables. Pour certains, une telle réflexion n'est vraiment pas nécessaire ; pour d'autres, l'étape préparatoire à la rédaction d'un testament est cruciale. Cette phase préparatoire peut se réaliser de diverses façons : la rédaction d'un projet par le testateur ou par le notaire, la préparation d'un ques-

⁷⁰ Art. 712 C.c.Q.

⁷¹ Art. 713 C.c.Q.

⁷² Art. 715 C.c.Q. ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. ROCH, *op. cit.*, note 1, p. 468.

tionnaire orienté vers la rédaction d'un testament ou la soumission de directives écrites à son notaire. Les tribunaux ont eu l'occasion par le passé d'analyser ces documents préparés par le testateur avant que ce dernier n'arrête ses intentions. Ces documents peuvent-ils valoir comme testament? Deux principes fondamentaux doivent alors guider la réflexion : l'un plutôt psychologique, l'intention véritable de tester ; l'autre, plutôt formel, le respect des règles essentielles des formes de tester.

Quelques décisions jurisprudentielles nous donnent l'occasion de réfléchir brièvement à cette question. Ces décisions nous démontrent l'actualité de la question devant la diversité des techniques que peuvent emprunter les testateurs pour préparer leurs volontés ultimes. Le testateur prépare des notes, encore manuscrites ou dactylographiées, peut-être même informatisées. Il peut également manifester ses sentiments ou ses convictions dans une correspondance sous le ton de la confiance. Il peut, pour sa gouverne ou pour orienter son conseiller juridique, remplir un questionnaire imprimé. Il discute avec son conseiller juridique des éléments essentiels de son testament et lui remet alors ses notes personnelles. Il peut tout aussi bien s'en remettre aux notes prises par son conseiller juridique lors des conversations et des rencontres de planification successorale. Ces divers documents satisfont-ils les exigences des formes de tester? Le testateur a-t-il, dans la préparation de ses actes et documents, l'intention ferme de disposer de ses biens dans l'éventualité de son décès?

La validité de ces documents dépend de l'élément psychologique à la source même de leur confection : l'intention du testateur de disposer définitivement de ses biens à cause de mort. Le document contient-il, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt comme le veut l'article 714 C.c.Q. ? Cet élément psychologique n'est pas une question de degré : c'est un élément déterminant en matière testamentaire. Le testateur entend « régler autrement que le fait la loi la dévolution, à sa mort, de tout ou partie de ses biens »⁷³. Le testateur « dispose, par libéralité de tout ou de partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'à son décès »⁷⁴.

⁷³ Art. 703 C.c.Q.

⁷⁴ Art. 704 C.c.Q.

La recherche des volontés du testateur a toujours été, en matière d'interprétation testamentaire, une règle primordiale ; elle l'est davantage en ce qui concerne la prérogative de tester que veut encourager le législateur, au-delà du formalisme de protection qui prévaut pour les formes de tester. Les tribunaux considèrent les documents soumis à leur attention tantôt comme projet, tantôt comme testament, sous réserve d'une volonté claire et non équivoque du testateur de disposer à cause de mort d'une partie ou de la totalité de ses biens. On peut déceler l'absence de tester à même la nature du document utilisé, les termes employés, les confidences à l'entourage et le mandat confié à certaines personnes.

Certains documents ne révèlent pas de volonté arrêtée de disposer de ses biens en vue du décès, par exemple la lettre simplement informative, l'aide-mémoire, la lettre de simple recommandation. Dans l'arrêt *Molinari c. Winfrey*⁷⁵, le tribunal se penche sur une lettre qui répartit les divers legs entre les héritiers ; elle est adressée à son éventuel exécuteur testamentaire. Elle est analysée comme un simple projet faute d'une intention de tester de son auteur. La Cour suprême distingue alors entre la disposition en élaboration, la disposition en devenir et l'acte définitif. Elle pose comme règle, toujours suivie depuis, que la lettre missive peut valoir comme testament olographe s'il y a « une intention réfléchie, arrêtée et définitive »⁷⁶ de disposer de ses biens en vue du décès. Ce qui importe, c'est de distinguer entre le document préliminaire sans intention arrêtée et le document comportant une disposition arrêtée, entre l'ébauche et l'acte définitif, entre la simple intention, la promesse ou la déclaration d'intention future et la disposition finale⁷⁷. Dans *Gagné c. Godner*⁷⁸, le notaire rencontre le testateur ; il prend des notes sur les intentions du testateur qui, au surplus, les signe à la demande du notaire. Le testateur décède avant que ne soit complété le testament notarié. Ce document ne satisfait pas aux conditions de forme des testaments et n'a pas été retenu comme testament. Cette décision rendue sous l'ancien droit devrait également valoir sous le nouveau

⁷⁵ [1961] R.C.S. 91.

⁷⁶ *Id.*, 97.

⁷⁷ *Berget c. Dansereau*, [1950] B.R. 415, 437 ; voir au même effet : [1951] R.C.S. 822 ; *Lehan c. Moufrage-Renaud*, J.E. 97-849, [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 1181 (C.A.) ; *Gagné c. Roy*, J.E. 92-1340 (C.S.) ; *Willis (Estate of) c. Royal Trust Co.*, B.E. 2000BE-235 (C.S.).

⁷⁸ J.E 80-1033 (C.S.).

droit : le document préparé par le notaire et signé par le testateur n'est rien d'autre qu'un résumé des directives données au notaire. Dans *Royal Trust c. Corber*⁷⁹, le document en litige a été préparé et signé par le testateur : le document énumère succinctement les divers éléments de son testament mais précise qu'un testament notarié est en préparation et n'est pas encore formellement signé. Au dire du tribunal, un tel document n'est pas un testament mais simplement un aide-mémoire, faute d'une intention de tester. Dans une étude publiée dans *La Revue du Notariat*, le notaire Martineau précise qu'une lettre rédigée en ces termes : « Arthur mon mari, arrête de boire et, vous, chers enfants, tâchez de vous accorder. Vos chicanes me font mourir. Et, s'il vous plaît, pas d'autopsie, j'ai assez souffert pendant ma vie »⁸⁰ ne contient pas de testament. Cette lettre exprime un conseil : elle ne contient pas de dispositions précises de biens et ne révèle aucune volonté définitive à cet effet.

Certains termes ou certaines expressions ne manifestent pas une volonté définitive de disposer de ses biens à cause de mort. Les expressions « projeter » ou « désirer refaire » ne comportent pas en soi de volonté ferme et définitive. Dans *Veilleux c. Veilleux*⁸¹, la disposition promettant les biens à une personne désignée n'est pas considérée comme un legs valide ; la volonté arrêtée de tester, un élément majeur, fait défaut. Dans *Lehoux c. Les héritiers de feu Joseph Bilo-deau*⁸², le testateur manifeste simplement son désir de refaire son testament⁸³ ; encore là, le tribunal constate l'absence d'une intention arrêtée de disposer de ses biens. D'autres termes comme « je donne » peuvent donner ouverture à un conflit d'interprétation : est-ce une donation ou un testament ? Il n'en demeure pas moins que ce terme « je donne » peut aussi signifier « je lègue » et ainsi l'acte sera valide comme testament. Les tribunaux se prévalent toujours d'un large pouvoir d'appréciation de l'intention de tester⁸⁴. On peut analyser comme testament et non comme une donation entre vifs l'acte

⁷⁹ J.E. 86-1175 (C.S.).

⁸⁰ Jean MARTINEAU, « Le carnet d'un praticien », (1995-1996), 98 *R. du N.* 273, 274.

⁸¹ Précité, note 37.

⁸² C.A. Québec, n° 200-09-000843-919, 29 septembre 1994, jj. Gendreau, Baudouin et Steinberg.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Cournoyer-Mottet c. Champagne*, J.E. 89-1341 (C.S.).

qui annule les dispositions testamentaires et qui englobe la plupart des biens du testateur⁸⁵.

Le testateur confie parfois à son entourage ses sentiments relativement à la disposition de ses biens. Ce peut être des confidences écrites. Une fille, à l'approche d'une intervention chirurgicale, confie à sa mère ses intentions de lui léguer ses biens et ajoute ce qui suit : « Je fais mon testament, qui se trouvera chez maître X ». Or, cette fille décède 11 ans plus tard, dans des circonstances tragiques, assassinée et, faits surprenants, elle n'a pas été opérée ni fait de testament notarié. La mère, éplorée par la perte de sa fille, invoque la lettre d'il y a 11 ans comme testament mais le tribunal n'y voit aucune intention de disposer des biens mais simplement une confiance sur un éventuel testament⁸⁶. Ce peut être des confidences verbales, fussent-elles nombreuses et même répétitives : elles n'ont de valeur que dans le cadre d'un testament rédigé dans la forme prévue au *Code civil du Québec*⁸⁷. Dans *Simard c. Simard*⁸⁸, le testateur désire annuler une préférence d'achat sans toutefois modifier un testament antérieur ; il s'en confie ainsi à son entourage en précisant bien qu'il n'entend pas réécrire ses dernières volontés. Des confidences sur des changements d'intention de la part du testateur n'équivalent pas à testament. Elles peuvent prendre diverses formes : sautes d'humeur, bris de confiance, révélations à des proches sur d'éventuelles modifications aux dispositions testamentaires. Ces révélations verbales ne peuvent pas manifester une intention ferme de tester et encore moins valoir comme testament. Le testament verbal n'est pas admis et l'intention de tester demeure souvent incertaine⁸⁹. Dans *Côté c. Chénier*⁹⁰, le testateur laisse à

⁸⁵ *Therreault c. Therreault (Succession de)*, J.E. 87-231 (C.S.).

⁸⁶ P. GUIHO, *op. cit.* note 61, n° 698, p. 614, référant à Cour d'appel de Pau, 20 avril 1961, D. 1961.397. Dans cet arrêt, le tribunal analyse la lettre comme un projet abandonné de testament : « Attendu que de telles circonstances permettent de considérer que si M (...) S (...) avait bien informé sa mère, par la lettre litigieuse, de son intention de faire un testament en sa faveur et de le déposer chez son notaire, elle avait par la suite abandonné ce projet en renonçant à l'opération chirurgicale dont les risques l'avaient amené à le former » (p. 398).

⁸⁷ *Demers (Succession de) c. Boily*, précité, note 14 ; *Dupont (Succession de) c. Desgagné*, précité, note 37.

⁸⁸ J.E. 93-1152 (C.S.).

⁸⁹ *Dupont (Succession de) c. Desgagné*, précité, note 37 ; *Demers (Succession de) c. Boily*, précité, note 14.

⁹⁰ Précité, note 14.

son fils par legs à titre particulier la moitié de ses intérêts dans son entreprise et le surplus de ses biens à sa conjointe. La conjointe et le fils du testateur prétendent plutôt avoir droit chacun à la totalité de l'entreprise. Les difficultés d'interprétation proviennent essentiellement du comportement du testateur avant son décès. Ce dernier était devenu le seul propriétaire de l'entreprise à la suite de diverses transactions ; il confiait à son entourage son intention de léguer l'entreprise à son fils sans pour autant dévoiler l'existence ni le contenu d'un testament. Le tribunal s'est arrêté tout particulièrement à la rédaction du testament notarié et au témoignage du notaire instrumentant et n'a attaché aucune importance aux déclarations qu'a pu faire le testateur à son entourage : les termes du testament l'emportent sur des déclarations faites sur de probables dispositions testamentaires ou sur des confidences faites à son entourage. C'est avec conviction que le tribunal rappelle que la volonté apparemment exprimée de vouloir laisser l'entreprise à son fils ne peut équivaloir à une nouvelle disposition testamentaire ni à une révocation, expresse ou tacite, de dispositions testamentaires déjà existantes. Les confidences peuvent satisfaire d'autres désirs, notamment une volonté de maintenir de bonnes relations avec ses proches ; les documents préparés sont des testaments simulés. Dans *Lehan c. Moufrage-Renaud*⁹¹, l'absence d'une volonté de tester empêche certains documents de valoir comme testaments olographes. Les documents sont analysés comme des testaments simulés accomplis par un testateur qui entend maintenir de bonnes relations avec ses proches. En aucun instant, le testateur n'avait l'intention de modifier un testament notarié antérieur ; de même, il résistait à toute démarche pour refaire un testament notarié. Les documents retracés, non datés ni signés formellement, sont dans ce contexte des ébauches ou des recommandations. Quant à la preuve de l'absence de volonté de tester, elle peut être démontrée par tous moyens, et même par des circonstances extrinsèques comme le témoignage de personnes au contact du testateur lors de la confection du testament⁹².

La loi accorde une protection au testament comme acte personnel. Le testateur peut préparer diverses ébauches de testament : ses projets ne produisent aucun effet définitif. On n'admet pas comme

⁹¹ Précité, note 77.

⁹² *Id.*

testament de simples directives, des instructions, des recommandations. De même, le testateur doit exprimer une volonté personnelle, claire et non ambiguë : il ne peut laisser à d'autres le soin de tester pour lui, sauf en stipulant une faculté d'élire limitée⁹³ ou sauf pour des fins de bienfaisance ou de charité⁹⁴. Le testateur ne peut disposer de ses biens ainsi « et balance argent, s'il reste au gré de l'exécuteur » ; il pourrait toutefois s'en remettre à un tiers dans les limites reconnues de la faculté d'élire⁹⁵. Le testateur qui invite ses héritiers à disposer du solde des biens de la succession « à leur goût » ne nomme pas de légataires mais donne simplement des instructions⁹⁶.

Et dans ces diverses situations, on peut se demander si vraiment le testateur avait l'intention véritable de tester, non dans le cas d'une simulation, oui dans le cas du questionnaire signé et dans les autres cas, recensés dans cette analyse ou signalés dans les rapports judiciaires, un peut-être ? Est-ce alors suffisant ? Un testateur peut-il ignorer « la portée de l'acte » qu'il accomplit ? « Peut-on faire son testament sans le savoir ? »⁹⁷

2. L'écrit testamentaire : les notes (manuscrites, dactylographiées et informatisées) et la satisfaction de l'intention de tester

La découverte de notes préparées par le testateur soulève bien des espoirs chez les légataires éventuels ou engendre bien des frustrations chez les héritiers probablement déçus de leurs droits. Le testament peut valoir s'il rencontre à la fois des conditions de forme et de fond. Les notes préparées par un testateur, qu'elles soient manuscrites, dactylographiées ou informatisées, peuvent d'abord ne pas répondre aux exigences psychologiques d'une intention arrêtée de tester. Elles ne répondent pas plus aux exigences des diverses formes de tester. Rappelons que le testament olographe peut être contenu dans une lettre missive s'il y a une intention formelle d'en faire un testament. Autrement, en l'absence d'*animus testandi*,

⁹³ Art. 1282 C.c.Q.

⁹⁴ *Godbout c. Godbout*, J.E. 92-1377 (C.A.).

⁹⁵ *Trépanier c. Fagnan*, [1972] C.A. 700.

⁹⁶ *Galarneau c. Pelletier (Succession de)*, J.E. 94-1708 (C.S.).

⁹⁷ Certaines de ces questions étaient soulevées dans une note signée J.H. de Garreau de Méchenie, Req. 20 juillet 1943, S. 1945.1.9.

la lettre ne saurait valoir comme testament. La lettre missive qui se limite à un simple projet, à des instructions en vue de la confection éventuelle d'un testament, à un document de travail aux fins de consulter un notaire⁹⁸, ne saurait valoir comme testament : il y manque un élément : l'*animus*⁹⁹. Il en est de même pour une lettre imprécise quant à la dévolution des biens ; elle est un projet, une ébauche, et non un testament¹⁰⁰. Il en est de même pour des directives dactylographiées par une adjointe administrative à la demande du testateur : ces documents reflètent plutôt les interrogations du testateur quant à l'éventuelle disposition de ses biens¹⁰¹.

Dans *Gingras c. Roy*, le testateur a complété de façon manuscrite un formulaire intitulé « Questionnaire pour testament » et l'a fait signer par deux témoins ; un des témoins est également légataire particulier et exécuteur testamentaire. Le document comporte certaines contradictions et certaines ambiguïtés à propos des légataires universels et des exécuteurs. Ce document ressemble davantage au document que prépare un testateur comme aide-mémoire préparatoire à une entrevue avec son conseiller juridique ou comme texte préparatoire à la rédaction finale d'un testament. Le juge Rothman le croit d'ailleurs¹⁰². Ce document satisfait-il, pour autant, à l'exigence fondamentale de l'intention de tester ? Ce questionnaire se veut-il un testament, le cas échéant, ou simplement un questionnaire en vue de fournir certaines informations pour la rédaction finale du testament ? La Cour d'appel, comme la Cour supérieure, attache une importance déterminante au fait que ce document a été signé, à la demande du testateur, en présence de son frère et de son conjoint. Les tribunaux d'appel et de première instance ont considéré ce document, en partie manuscrit et en partie imprimé, comme

⁹⁸ *Nélisse (Succession de)*, REJB 99-12886 (C.S.) ; *Gingras c. Roy*, J.E. 97-108 (C.A.) ; *Rubinfeld c. Turner*, J.E. 97-658 (C.S.) ; Pierre CIOTOLA, « Projet ou testament ? Le testateur peut-il tester sans le savoir ? », (1997) 6, n° 7 *Entracte* 10.

⁹⁹ *Molinari c. Winfrey*, précité, note 75, commenté par Albert MAYRAND, (1961) 21 *R. du B.* 239 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. ROCH, *op. cit.*, note 1, p. 330 ; H. TURGEON, « Jurisprudence. Testament olographe par lettre missive », (1950-51) 53 *R. du N.* 521-525, commentant *Berget c. Dansereau*, précité, note 77, et *Guay c. Royal Trust Co.*, [1964] B.R. 261. La lettre missive peut ne demeurer qu'un simple projet, surtout si le testateur s'est montré réticent à refaire un testament notarié (*Moufrage-Renaud c. Lehan*, J.E. 94-599 (C.S.)).

¹⁰⁰ *Hamelin (Re)*, [1998] J.Q. (Quicklaw) n° 3985 (C.S.).

¹⁰¹ *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*, J.E. 2002-1252 (C.A.).

¹⁰² *Gingras c. Roy*, précité, note 98, p. 7 du texte intégral (j. Rothman).

un testament devant témoins valide en fonction de l'article 714 C.c.Q. On peut souligner, comme l'a fait le juge de première instance, que ce questionnaire n'est pas entièrement écrit de la main du testateur, ce qui porte atteinte aux exigences du testament olographe. On peut ajouter, comme l'a également fait le juge de première instance, que certaines exigences du testament devant témoins ne sont pas satisfaites : (1) les paraphes requis à chaque page n'ont pas été apposés et (2) il n'y a pas de clause d'attestation testamentaire. À divers degrés, on peut considérer que la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure font appel à l'article 714 C.c.Q. La discrétion judiciaire peut être invoquée si le testament contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du testateur et s'il satisfait pour l'essentiel aux formalités prescrites soit pour le testament olographe, soit pour le testament devant témoins. Ce document vaut, en conformité évidemment de l'article 714 C.c.Q., comme testament devant témoins. L'analyse favorable qu'en font les tribunaux de cette affaire nous laisse à tout le moins perplexe en ce qui a trait à l'indépendance des témoins qui ont été appelés à signer le testament. On peut croire que le formalisme est grandement diminué ; on peut espérer que certaines règles formelles en matière testamentaire ont été assouplies. À l'opposé, on peut aussi croire que le testateur doit être à l'abri de toute captation et la signature comme témoin soit du liquidateur¹⁰³, soit du légataire¹⁰⁴, devrait être considérée avec grande précaution.

Dans *Rubinfeld c. Turner*¹⁰⁵, la situation nous semble encore plus dramatique. Le testateur avait fait un testament notarié quelques années auparavant mais avait manifesté son intention d'en modifier la teneur. Il s'est rendu chez son notaire et lui a fait part de ses intentions. Son notaire prépare un projet conforme aux volontés du testateur. Toutefois, le testateur décède le lendemain de sa visite chez son notaire, sans avoir au préalable signé ce projet. Le testateur léguait, dans un testament notarié antérieur, les revenus provenant de divers régimes de pension à son épouse et le reste de ses biens à ses enfants et à ses petits-enfants. Le testateur souhaitait révoquer son épouse comme légataire à titre particulier, ce qu'il

¹⁰³ Le legs fait au liquidateur, qui est également témoin au testament, est nul sauf s'il est rémunérateur (art. 760 al. 2 C.c.Q.).

¹⁰⁴ Le legs fait au témoin est nul, sans toutefois affecter la validité du testament (art. 760 C.c.Q.).

¹⁰⁵ [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 717 (C.S.).

avait dit à maintes reprises et ce qu'il avait confié à son notaire lors de la préparation de son dernier projet de testament. Le liquidateur entend donner effet au projet préparé par le notaire : il entend considérer révoqué le legs fait à l'épouse des revenus provenant de divers régimes de pension et entend l'attribuer aux légataires universels. Le liquidateur intente une action à cet effet. L'épouse demande de déclarer cette action irrecevable, car le projet de testament n'a pas fait l'objet d'une vérification au préalable par le tribunal. Le tribunal fait droit à la demande d'irrecevabilité soumise par l'épouse et rejette l'action présentée par le liquidateur. Notons que le tribunal préfère laisser la question de la vérification du testament au juge qui en sera éventuellement saisi sur requête en vérification. Le projet préparé par le notaire et évidemment non signé par le testateur pourra-t-il valoir comme testament et ainsi pourra-t-il révoquer le legs antérieur fait à l'épouse? C'est la question laissée en suspens dans la demande d'irrecevabilité. C'est la même question qui revient dans *Nigro c. Nigro*¹⁰⁶ et le tribunal souligne les exigences minimales pour l'existence d'un testament et le projet ainsi préparé par le notaire et non encore signé par le testateur ne satisfait pas aux exigences minimales pour tester sous l'une ou l'autre des formes reconnues.

Le document préparé par un individu sur le point de se suicider peut-il valoir comme testament? Le comportement suicidaire n'est pas en soi significatif d'une carence psychologique. Aussi, le suicidaire peut rédiger un testament s'il se conforme aux exigences de forme et de fond en ce domaine¹⁰⁷. Autrement, le document préparé

¹⁰⁶ *Nigro c. Nigro*, [2004] J.Q.(Quicklaw) n° 8214 (C.S.). M^e Albert Mayrand écrivait à cet égard ce qui suit :

La mort agit parfois plus vite que le notaire chargé de rédiger le testament. Si l'on craint que ce dernier perde la course, on peut toujours s'assurer contre pareil risque au moyen d'une clause comme celle-ci : « J'entends que la présente lettre soit considérée comme mon dernier testament, pour le cas où je décéderais avant d'avoir signé celui que je vous demande de préparer ».

Par cette formule, « l'homme propose et dispose » tout à la fois.

Albert MAYRAND, « Le testament olographe par lettre missive et l'animus testandi », (1961) 21 R. du B. 239, 241.

¹⁰⁷ *Cloutier c. Girard et Ferland*, [1992] 42 Q.A.C. 275 (C.A.); *M.G.-R. c. D.*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 2869 (C.S.); *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. ROCH, *op. cit.*, note 1, p. 278.

peut ne comporter aucune intention de tester ; il peut s'agir simplement d'explications pour son geste désespéré ou encore d'excuses à l'égard de la famille éprouvée¹⁰⁸.

Le document informatisé peut-il valoir comme testament ? Cette question est plus actuelle que jamais. Le législateur n'a-t-il pas dans la réforme de la preuve conféré aux documents informatisés une force probante surprenante ! Dans le domaine testamentaire, deux décisions nous rappellent l'acuité de la situation. Est-il possible de faire vérifier un testament que le testateur a rédigé sur ordinateur et a sauvegardé sur une disquette identifiée comme contenant son testament ? Dans un premier temps, l'affaire *Rioux*¹⁰⁹ reconnaît comme testament olographe valide un document informatisé sauvegardé sur une disquette : la disquette est identifiée par une étiquette signée par le testateur voulant que la disquette contienne son testament. On se contentera de rapporter brièvement les faits. Mme Jacqueline Rioux prépare son testament sur ordinateur. Elle sauvegarde le document sur une disquette qui porte cette mention : « Ceci est mon testament Jacqueline Rioux l^{er} février 1996 ». Jacqueline Rioux décède peu de temps après. La sœur de la défunte fait imprimer le document informatisé ; ce document et la disquette sont présentés aux fins de vérification. Est-il possible de recourir à l'article 714 C.c.Q. en vue de reconnaître ce document informatisé sauvegardé sur disquette ou la version imprimée du contenu de la disquette comme testament olographe valable ? En principe, le document imprimé mais non signé, qui origine de la disquette signée par le testateur, ne rencontre pas les exigences prescrites pour le testament olographe : il n'est pas valide comme testament olographe faute d'avoir été écrit et signé par le testateur sans moyen technique. En revanche, la décision, rendue par le greffier Michaud dans l'affaire *Rioux*, reconnaît comme testament olographe valide ce document imprimé à même la disquette informatique signée par la testatrice. On s'éloigne des exigences du testament olographe, écrit et signé par le testateur. On se rapproche du testament « guimauve » qui verse dans les apparences d'un document écrit ou signé par le testateur. L'apparence ou la vraisemblance est-elle également source de droits dans le domaine de la forme testamentaire ? La décision

¹⁰⁸ *F.T. c. A.L.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 1344, B.E. 2002BE-423 (C.S.)

¹⁰⁹ *Rioux (Succession)*, L.P.J. 97-6072 (C.S.), commenté par Pierre CIOTOLA, « La vérification d'un testament sur disquette ou l'art de verser le formalisme testamentaire à la corbeille informatique », (1997) 6, n° 4 *Entracte*10.

souligne le contexte ambigu de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 714 C.c.Q. :

*nous retrouvons presque autant de jugements qui ont déclaré valides des testaments comportant des vices de forme, parfois importants que ceux refusant de vérifier des testaments semblables. Dans certains cas, des juges ont appliqué de façon libérale l'article 714 tandis que dans d'autres cas, ils refusaient de vérifier certains testaments non conformes. Vraiment, chaque testament est un cas d'espèce.*¹¹⁰

La décision entend favoriser également la prédominance des volontés du testateur plutôt que le respect des formalités exigées en matière testamentaire ; elle s'appuie en cela sur les propos du le juge Letarte dans *Robitaille c. Gagnon*¹¹¹. La décision se contente d'énoncer ce qui suit : « [d]ans la présente affaire, je n'ai aucun doute que la disquette présentée et la copie imprimée du seul document qu'elle contient constituent bel et bien le testament de la défunte. Sinon, je n'aurais accepté la vérification dudit testament »¹¹². La disquette signée par la testatrice est comparée à l'enveloppe signée qui contient un testament non signé. La décision poursuit alors en soulignant que la disquette informatique et le document imprimé contiennent de façon certaine et non équivoque les dernières volontés de la défunte et ces volontés doivent être respectées. Faut-il rappeler que les exigences du formalisme sont un obstacle à la fraude comme le veulent les remarques du juge Barakett dans *Gaumond-Dupuis* : les formalités testamentaires sont destinées à assurer la véracité des volontés du testateur et à écarter tout document fabriqué par un tiers en fraude des désirs du testateur¹¹³. Le conflit en est essentiellement un de prédominance de volontés du testateur ou de celle du formalisme comme tel tout en étant conscient du pouvoir judiciaire de sauvegarde du testament malgré un manquement à la forme. Pourtant, et la Cour d'appel a eu l'occasion de le rappeler depuis, l'écrit dans le testament olographe est l'œuvre personnelle du testateur et le texte du *Code civil du Québec* est clair : aucun moyen technique ne peut être utilisé. Dans un second temps, depuis *Perreault c. Desrochers*¹¹⁴, la disquette et le document imprimé

¹¹⁰ *Rioux (Succession)*, précité, note 109.

¹¹¹ [1996] R.J.Q. 156 (C.S.).

¹¹² *Rioux (Succession)*, précité, note 109, C.S. Rimouski, n° 100-14-000210-96-2, 3 décembre 1996, M^c Michaud, greffier spécial, p. 8 du texte intégral.

¹¹³ *Gaumond-Dupuis (Succession)*, [1996] R.J.Q. 375, 379 (C.S.).

¹¹⁴ J.E. 2000-102 (C.S.).

à la suite du décès du testateur ne devraient pas être admis comme testament olographe¹¹⁵.

Cette décision *Rioux* nous permet de souligner que tout en favorisant une interprétation libérale de l'article 714 C.c.Q. nous ne saurions cautionner toute interprétation qui réduise les règles de forme des testaments à des règles de preuve au lieu de les considérer comme elles l'ont toujours été et continuent de l'être des règles essentielles à l'existence de l'acte. L'adage classique *forma dat esse rei* exprime pour l'essentiel le rôle primordial des règles de forme en matière testamentaire. La désolennisation n'a jamais signifié la disparition du formalisme ; bien au contraire, la doctrine française en ce domaine, de Josserand¹¹⁶ à Coupet¹¹⁷, prend bien soin d'affirmer que la facilité de tester ne doit pas devenir la facilité de frauder et la désolennisation testamentaire ne signifie pas la dénaturation des règles essentielles des formes testamentaires. Savatier soutenait d'ailleurs que le testament olographe *doit se défendre lui-même, grâce à la marque personnelle que constitue l'écriture* et sans faire appel à des éléments externes¹¹⁸. La Cour de Cassation refuse de valider le document dactylographié comme testament olographe : elle entend assurer la véracité des volontés exprimées par le testateur et exclure toute falsification possible¹¹⁹. Ces motifs peuvent également être invoqués pour rejeter le document informatisé comme testament olographe. L'affaire *Rioux* est une décision regrettable, un cas d'espèce assurément, une invitation certaine à fureter dans l'ordinateur du défunt et à y extraire un document quelconque, et pourquoi pas, à faire de même pour les cassettes-vidéo familiales. Le testament verbal est expressément interdit¹²⁰ mais les tribunaux n'ont-ils pas

¹¹⁵ Voir, sur la nullité d'un testament informatisé : *id.* Ce jugement rejoint nos commentaires (P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 109). Voir également en ce sens : Jacques BEAULNE, « L'article 714 du *Code civil du Québec* huit ans plus tard : erreur du législateur ou égarement des tribunaux ? », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, « coll. Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 25, à la page 49.

¹¹⁶ Louis JOSSERAND, « La désolennisation du testament », D.H. 1932, chr. 73.

¹¹⁷ L. COUPET, *Donations et testaments*, dans « Répertoire Notarial, Testaments », art. 970, 1994, p. 5. Cette étude mériterait d'être lue attentivement pour toute analyse de la discrétion judiciaire en matière de forme testamentaire.

¹¹⁸ R. SAVATIER, « Testaments », *Rev. trim. dr. civ.* 1961.716, 717. Les termes en italique sont empruntés de l'auteur.

¹¹⁹ Civ. 1^{re}, 23 oct. 1984, J.C.P. éd.g. 1985.IV.8.

¹²⁰ L'écrit est expressément exigé dans les trois formes de tester (art. 712 C.c.Q.).

affirmé un « pourquoi pas »¹²¹ au testament judiciaire ! Les formalités du testament olographe, déjà réduites à leur plus simple expression, ne peuvent être à ce point atrophiées sous prétexte de la prédominance des volontés du testateur¹²². On a tendance à remettre en cause la validité du testament olographe comme mode de tester mais on devrait se demander si l'article 714 C.c.Q. a sa raison d'être dans un contexte de droit civil¹²³. On pourrait probablement accepter comme testament reconstitué sur requête à cet effet le document informatisé s'il est prouvé que le testament original ne peut être retrouvé¹²⁴.

Cette divergence d'analyse entre les règles de forme des testaments, soit comme conditions de preuve soit comme conditions d'existence, s'est retrouvée au cœur du débat lors de l'adoption en France de *La loi pour la confiance dans l'économie numérique*. L'écrit numérique peut être utilisé dans le cadre du testament authentique ce qui rend possible l'écrit électronique non seulement dans le formalisme probatoire mais également dans le formalisme « ad validitatem ». Le nouvel article 1108-1 du *Code civil français* est en ce sens :

Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

¹²¹ *Robitaille c. Gagnon*, précité, note 111, 161.

¹²² Voir les propos du juge Nuss dans *Paradis c. Groleau-Roberge*, [1999] R.J.Q. 2585, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 4322 (C.A.) :

Cet article n'autorise pas la vérification d'un document comme étant un testament olographe simplement parce que le juge conclut qu'il exprime la dernière volonté du défunt. La détermination de la dernière volonté en soi n'est pas suffisante. Encore faut-il que cette volonté soit exprimée en conformité aux exigences essentielles décrétées par le Code civil. [...]

La disposition des biens d'une personne après son décès est un acte juridique de grande importance. Le législateur a encadré cet acte avec certaines exigences essentielles qui sont à mon avis incontournables suivant la forme du testament choisie.

¹²³ Roger COMTOIS, « De la "désolennisation" du testament », (1994-1995) 97 R. du N. 408, 412 ; pour une opinion favorable au testament judiciaire : J. GIRARD, « Planification successorale et testamentaire. Reconnaissance des testaments ne respectant pas les formalités de la loi », dans *Association de planification fiscale et financière, Congrès 97*, Montréal, 1998, aux pages 21 :1 et suiv.

¹²⁴ *Rajotte (Succession de)*, B.E. 2003BE-28 (C.S.).

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

Mais, il y a une réserve majeure énoncée à l'article 1108-2 de ce même Code précisant qu'« [I] est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour : 1^o Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ». Ainsi, le testament olographe ne peut être sous forme électronique¹²⁵.

Rappelons toutefois que la jurisprudence même sous l'ancien droit s'est montrée libérale envers les testaments olographes tant pour le support choisi que pour la signature : les volontés du testateur doivent primer¹²⁶. La jurisprudence a validé un testament olographe fait sur une formule imprimée en se contentant des seuls termes écrits¹²⁷ ou comportant des additions manuscrites non signées¹²⁸. En revanche, l'on a décidé que le document dactylographié ne pouvait valoir comme testament olographe aux termes de *Jacques c. Allain-Robitaille*¹²⁹, et ce malgré des tergiversations jurisprudentielles ; l'article 726 C.c.Q. codifie cette interprétation jurisprudentielle. La signature, généralement les nom et prénom patronymiques du testateur, peut consister aussi en un nom de religion, un surnom, un pseudonyme, un prénom usuel sans nom de famille. La signature, normalement située à la fin du texte, peut

¹²⁵ Cyril ROJINSKY et Guillaume TEISSONNIÈRE, « ACTUALITÉ . – encadrement du commerce électronique par la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n^o 37, 8 Septembre 2004, Act. 414 ; voir également, sur la « dématérialisation des actes » : Jérôme SALANSON, « Technologies nouvelles et perspectives notariales françaises », (2004) 106 *R. du N.* 415, 439 et suiv.

¹²⁶ Orville FRENETTE, « Conditions de formation et d'annulation des testaments », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, « coll. Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 46, à la page 55.

¹²⁷ *Dubois (Succession)*, (1982-1983) 85 *R. du N.* 119, commenté par Roger Comtois.

¹²⁸ *Bissonnette c. Bissonnette*, (1982-83) 85 *R. du N.* 337, commenté par Roger Comtois ; (1984) R.L. 403 (C.S). Le tribunal n'a pas pris en considération les additions non initialisées.

¹²⁹ *Jacques c. Allain-Robitaille*, [1978] 2 R.C.S. 897.

se retrouver au début¹³⁰ ou simplement incorporée au texte¹³¹ ou même à l'endos du document¹³² ou sur l'enveloppe, cachetée ou non, et contenant le testament olographe¹³³. La signature, qui se veut la marque de l'adhésion personnelle du testateur à l'écrit comme étant son testament, subit également les effets de cette interprétation libérale. La jurisprudence reconnaît que le testateur peut signer son testament, aidé ou soutenu par une main sympathique¹³⁴. Elle a même reconnu comme testament olographe un document que n'avait pas signé le testateur mais qu'il avait à tout le moins rédigé de sa propre main¹³⁵. Elle a fait de même pour un testament non signé en vérifiant la partie manuscrite d'un document imprimé¹³⁶. La jurisprudence a également considéré valide un testament non signé placé dans une enveloppe cachetée signée par le testateur¹³⁷.

Signalons également que, dans *Paradis c. Groleau-Roberge*¹³⁸, la Cour d'appel affirme que l'article 714 C.c.Q. suppose trois circonstances : (1) le testament satisfait aux conditions requises mais pas pleinement (2) le testament, même établi avec imperfection, satisfait pour l'essentiel aux conditions imposées et (3) le testament contient de façon non équivoque les dernières volontés du testateur. Or, dans la cause en question, le testament a été écrit par une tierce personne et la Cour d'appel affirme catégoriquement :

Que le testament olographe soit écrit par le testateur est une condition essentielle requise par sa forme et un document qui est écrit par un tiers

¹³⁰ *Lessard c. Lessard*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 489 (C.A.); *Bouchard et Nicolas*, J.E. 93-1428 (C.S.); *Levasseur (succession de)*, J.E. 88-982 (C.S.); *Désilets c. Le Protonotaire de la Cour supérieure*, [1974] C.S. 626.

¹³¹ *Minville et Minville*, LPJ 95-0309 (C.S.); J. STE-MARIE, « De la révision judiciaire des testaments olographes et des testaments devant témoins », (1996) 56 R. du B. 279, 284 citant un jugement inédit : *Sumagaysay (succession)*, C.S. Montréal, n° 500-14-000676-957, 3 août 1995, j. Kennedy.

¹³² *Larose c. Eidt*, [1945] C.S. 276.

¹³³ *Poulin, succession c. Duchêne*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 4593 (C.A.).

¹³⁴ *Didone c. Didone-Gagnon*, J.E. 94-1772 (C.A.) (j. Chamberland).

¹³⁵ *Morin c. Morin*, J.E. 95-540 (C.S.).

¹³⁶ *Robitaille c. Gagnon*, précité, note 111, 161 (C.S.).

¹³⁷ *Noreau (re)*, (1995) A.Q. (Quicklaw) n° 1049 (C.S.); LPJ-96-5491.

¹³⁸ *Paradis c. Groleau-Roberge*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 4322 (C.A.); [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.); *Poulin, succession c. Duchêne*, précité, note 133; *Gilbert c. Bonneau*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 1982 (C.S.); *Thériault (Succession de)*, B.E. 99 BE-426 (C.S.).

n'y satisfait pas pour l'essentiel. Le document ne vaut pas comme testament olographe et l'examen de l'autre critère devient inutile.

La Cour d'appel du Québec écarte alors la jurisprudence de première instance qui a reconnu valide comme testament, tout probablement olographe, le testament rédigé par la légataire, mais signé au début et à la fin par le testateur¹³⁹ et celui rédigé par une tierce personne, soit l'un des légataires désignés, et signé par le testateur devant un témoin¹⁴⁰. Signalons également que la Cour d'appel du Québec maintient cette même ligne de pensée en ce qui concerne le testament devant témoins : dans l'affaire *Patton (Succession de)*¹⁴¹, elle rappelle que le testament devant témoins requiert une formalité à tout le moins essentielle, la présence de deux témoins, et refuse de reconnaître comme testament valable un document signé par le testateur en présence d'un seul témoin qui signe.

En conclusion, la discrétion judiciaire de l'article 714 C.c.Q. permet de régulariser certains défauts de forme de façons diverses. Elle peut être soulevée soit lors de la requête en vérification du testament informel, soit lors d'un jugement déclaratoire, soit lors d'une action en annulation de testament. Le mécanisme procédural importe peu.

B. Le clone conforme : la volonté de tester ou l'art de substituer le juge au testateur

Cette recherche intellectuelle de la volonté du testateur mène le tribunal à ériger des balises. Le juge a comme mission de protéger les volontés du testateur. Son action peut se faire à un double niveau :

¹³⁹ *Mercier c. Mercier-Charron*, [1995] R.J.Q. 1446 (C.S.).

¹⁴⁰ *Gaumont-Dupuis (succession)*, précité, note 113, 375.

¹⁴¹ *Patton (Succession de)*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 2733 (C.A.); J.E. 2003-797 (C.A.). Voir, pour le testament d'un analphabète qui exige la présence de deux témoins : *Francoeur c. Jalbert*, J.E. 94-1829, (C.S.). Voir, pour le testament d'une personne qui ne sait pas lire soumis également à la même exigence : *Robitaille c. Gagnon*, précité, note 111. Voir, pour le testament d'une personne qui sait lire mais non écrire soumis à la même exigence : *Lantin c. Rehel*, J.E. 96-616 (C.S.); requête pour permission d'en appeler rejetée. Voir certaines décisions de la Cour supérieure qui ont déjà validé comme testament le document signé par le testateur puis attesté successivement par les témoins contournant ainsi la règle de la signature des témoins en présence du testateur et en présence de l'un et l'autre des témoins : *Côté c. Lataille*, LPJ-96-0614 (C.S.); *Guénette c. Pomerleau*, J.E. 96-1153 (C.S.).

la reconnaissance d'un testament respectant les volontés du testateur et la déclaration de la nullité d'un testament comme ne respectant pas les ultimes volontés du testateur. Le législateur accorde dans le nouveau droit certaines prérogatives, semble-t-il, plus élaborées que celles qui prévalaient sous l'ancien droit. Si le juge est autorisé sous le nouveau droit à reconnaître comme valide un testament déficient dans la forme autorisée, il peut également invalider depuis toujours le testament répondant aux exigences de la forme mais déficient sur le plan psychologique. Le juge scrute alors les capacités intellectuelles du testateur. En ce cas, cette question est d'autant plus d'actualité que le phénomène de la population vieillissante laisse entrevoir déjà nombre de testaments préparés par des personnes d'âge respectable, les unes alertes et vigilantes, les autres de santé fragile soit sur le plan physique soit sur le plan intellectuel. Bien des sentiments peuvent guider les personnes âgées dans la rédaction de leurs dernières volontés. Ces sentiments peuvent être inspirés tantôt par la crainte d'un abandon éventuel, tantôt par le désir de plaire à un proche pour ses délicatesses intéressées. Dans l'approche traditionnelle, le testateur doit comprendre le geste qu'il pose en rédigeant son testament. Il bénéficie à certains égards d'une protection *a posteriori*: la nullité déclarée du testament faute d'être conforme à ses volontés.

1. L'annulation du testament par le tribunal

C'est par le jeu des présomptions que le testateur se voit protégé. Ce peut être les présomptions légales: présomption de capacité en dehors de tout régime de protection ou présomption variée d'incapacité sous un quelconque régime de protection. Ce pouvoir traditionnel du juge d'invalider le testament de la personne faible d'esprit ou inapte fait appel aux fonctions traditionnelles du juge, de déclarer l'état du droit ou l'état de la convention. La convention ou l'acte, en ce cas, n'a pas de valeur en l'absence d'un consentement lucide. Il peut s'agir d'une présomption de fait: les tribunaux, dans le domaine testamentaire, ont prôné un renversement du fardeau de la preuve destiné à découvrir l'aptitude du testateur à tester et, de ce fait, à protéger ses volontés ultimes. Et enfin, le régime normal de preuve peut simplement s'appliquer s'il s'agit, non pas d'insanité, mais de captation ou de contrefaçon¹⁴².

¹⁴² Fischer c. Eugène, B.E. 2003BE-254 (C.S.); Corporation municipale des cantons unis de Stoneham c. Ouellet, [1979] 2 R.C.S. 172.

Aux termes de l'article 703 C.c.Q., peut tester toute personne qui a la capacité requise. Le *Code civil du Québec* ne reprend pas l'expression voulant que le testateur soit sain d'esprit édictée à l'article 831 du *Code civil du Bas Canada*. Faut-il dès lors s'en rapporter au droit commun des obligations et apprécier le consentement à la lumière des règles des obligations? C'est évidemment ce régime de droit commun de la preuve qui reçoit application. Ce régime de preuve de capacité et de validité n'est pas différent, que ce soit pour la validité d'un contrat ou d'un testament. Le juge LeBel, dans une étude sur cette question, réaffirme ce qui suit: « On ne retrouve pas de base juridique à un régime particulier de preuve en matière d'établissement de la capacité testamentaire »¹⁴³. Doit-on, comme d'autres l'affirment ou le prétendent, demeurer plus sévère à l'égard de la compréhension que le testateur peut avoir face à l'expression de ses dernières volontés¹⁴⁴? C'est cette deuxième option qui continue de prévaloir, à savoir une plus grande sévérité à l'égard des actes à titre gratuit¹⁴⁵ malgré la critique exprimée à ce sujet par le juge LeBel¹⁴⁶. Est sain d'esprit le testateur qui peut comprendre le geste posé et ainsi vouloir tester de façon libre et éclairée. Le testament étant un acte personnel et non collectif¹⁴⁷, le testateur doit pouvoir décider de disposer de ses biens d'une façon

¹⁴³ Louis LEBEL, « Les intermittences de la raison: aspects du contrôle judiciaire de la capacité de tester », dans E. CAPARROS (dir.), *op. cit.*, note 126, p. 3, à la page 12. Voir également: *Paquin c. Trotter*, [1984] R.D.J. 187, 191 (C.A.) (J. Mayrand).

¹⁴⁴ Pour une discussion de cette question, voir: Germain BRIÈRE, « Les successions », dans *Traité de droit civil*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, n° 349, p. 406; 2^e éd., n° 349 et suiv., p. 430 et suiv.

¹⁴⁵ O. FRENETTE, *loc. cit.*, note 126, 64; Voir dans le même sens: *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, *op. cit.*, note 1, p. 278; *Martin c. Pichette (Succession de)*, J.E. 2005-643 (C.S.).

¹⁴⁶ Cette deuxième option est le reflet d'une pratique jurisprudentielle, soit sous l'influence de la common law, soit sous celle de juristes spécialisés qui relèguent à un second plan la cohésion du droit privé. Voir: L. LEBEL, *loc. cit.*, note 143, 12.

¹⁴⁷ Dans une décision sur la santé d'esprit d'un testateur, le juge répond aux propos d'un psychiatre souvent appelé à témoigner dans ce genre d'affaires. Le psychiatre témoigne que le testateur était apte « à participer à la décision concernant la distribution de ses biens ». Le juge réaffirme avec justesse ce qui suit: « [L]e testateur ne peut "participer" à une équipe qui établira à qui ses biens seront laissés. Il lui appartient de prendre la décision et il doit être en état de le faire »: *Borduas c. Borduas*, J.E. 2001-168 (C.S.).

plutôt qu'une autre sans que son entourage n'ait à intervenir. Et la définition est usuelle et classique. Il est sain d'esprit s'il peut apprécier la portée et la conséquence de l'acte qu'il accomplit ; s'il comprend le sens et la portée de la disposition qu'il va faire et s'il est en mesure de s'y arrêter volontairement¹⁴⁸ ; s'il peut rédiger un testament que tout homme judicieux, équitable ou sage peut faire en ces circonstances¹⁴⁹. Si le testateur ne satisfait pas à ces critères systématiquement repris par la doctrine et la jurisprudence québécoises¹⁵⁰, il n'est pas sain d'esprit. Cette santé d'esprit englobe non

¹⁴⁸ *Meskinis c. Rabell*, [1975] C.A. 657 ; *Allison et Addis c. Clough*, [1970] C.A. 67 ; *Nolan c. Nolan*, J.E. 87-400 (C.S.) ; *Protestant Board of School Commissioners of Ayer's Cliff c. Wilson*, [1954] B.R. 169 ; *Touchette c. Touchette*, [1974] C.A. 575, 576, conf. par la Cour Suprême : [1976] 1 R.C.S. vi ; *Bedic c. Bozickovic et Larivière*, [1975] C.A. 484. Voir également : O. FRENETTE, *loc. cit.*, note 126, 64, tout particulièrement les références mentionnées aux notes 49, 50 et 51.

¹⁴⁹ George S. CHALLIES, « Conditions de validité du testament au Québec et en France », (1960) 20 R. du B. 373, 376 ; *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, précité, note 68. Dans cette affaire récente, le testateur souffrait de démence vasculaire qui l'amenait à des problèmes de comportement. Il déshérite sa famille au profit d'une œuvre de charité. Le testament a été déclaré nul par la Cour d'appel, faute de santé d'esprit du testateur. Il avait été déclaré valide en première instance. La juge Mailhot émet ce commentaire très significatif :

Il choisit de léguer son argent aux enfants malades. Il est conscient du fait qu'il prive son fils de son argent : c'est même là son but avoué ! À la lecture finale du testament, il ajoute quelques commentaires : il manifeste sa volonté d'être incinéré et nomme une personne de confiance comme liquidateur soit le curé en office de la Paroisse Sainte-Maria Goretti [...] excluant ainsi toute personne de sa famille pour l'exécution du testament. Est-ce là le geste d'une personne rationnelle ? Logique de l'irrationnel, de l'obsession plutôt et probablement de caractère paranoïde. En outre, aucun motif ne justifiait M. Bertrand de déshériter toute sa famille.

Tremblay c. Lépine, [1995] A.Q. (Quicklaw) n° 865 (C.A.) ; *Bedic c. Bozickovic et Larivière*, précité, note 148 ; *Protestant Board of School Commissioners of Ayer's Cliff c. Wilson*, précité, note 148, 175 ; *Touchette c. Touchette*, précité, note 148, 577 ; *Hotte c. Birabin*, (1904) 25 C.S. 275, 288, confirmé par la Cour suprême : (1905) 35 S.C.R. 477.

¹⁵⁰ Voir : *Thibodeau c. Thibodeau*, [1961] R.C.S. 285, 288 et 289.

La règle veut qu'il n'est pas nécessaire, dans un cas comme dans l'autre, pour que la nullité soit prononcée, que le signataire d'un document soit frappé d'insanité totale. La loi n'exige pas qu'il soit détenu dans un asile d'aliénés, ni même qu'il soit interdit ou ait besoin de l'assistance d'un conseil judiciaire. Si le contractant, ou le testateur, n'a pas la capacité de comprendre la portée de son acte, s'il n'a pas la volonté de l'apprécier, d'y résister ou d'y consentir, si à raison de la faiblesse de son esprit, il ne peut peser la valeur des actes qu'il pose ou les conséquences qu'ils peuvent entraîner, si en un mot il ne possède pas le pouvoir de contrôler son esprit, son acte sera nul faute de consentement valide.

seulement celui qui est atteint de folie mais aussi celui qui est faible d'esprit au point d'être incapable de comprendre le sens et la portée de la disposition qu'il fait et de s'y arrêter volontairement¹⁵¹.

C'est à celui qui allègue l'insanité qu'incombe le fardeau de la preuve. Le testateur, faut-il le rappeler, est présumé sain d'esprit jusqu'à preuve contraire. L'insanité étant une incapacité de fait, elle ne se présume pas. La jurisprudence toutefois déplace le fardeau de la preuve dès que la santé mentale du testateur a été sérieusement mise en doute ; la preuve va au-delà d'un simple doute¹⁵² et se doit d'inspirer une certaine conviction. La preuve établit alors que le testateur n'avait pas la capacité requise pour comprendre et apprécier raisonnablement la portée de ses dispositions testamentaires¹⁵³. Suite au déplacement du fardeau de la preuve, ce qui fait que la présomption est inversée, il incombe alors à la partie qui défend le testament de prouver que le testateur était sain d'esprit au moment où il a signé son testament¹⁵⁴. Si le doute persiste, le testament demeure valide ; il ne suffit pas de soulever un simple soupçon ni une simple hypothèse¹⁵⁵.

M. le juge Mayrand présentait brièvement ce régime en ces termes :

Celui qui attaque le testament doit prouver l'incapacité qu'il allègue selon les règles ordinaires de preuve. Si la preuve ne fait que susciter un simple doute sur la capacité de tester, on n'a pas, à mon avis, repoussé la présomption. La preuve doit établir au moins une présomption de fait qu'à l'époque où il a disposé de ses biens le testateur n'avait pas la

¹⁵¹ *Touchette c. Touchette*, précité, note 148.

¹⁵² *Cloutier c. Girard et Ferland*, précité, note 107, 280.

¹⁵³ *Carignan c. Carignan*, J.E. 98-1401 (C.S.); *Poitrans, c. Demedovich*, [1998] Q.J. (Quicklaw) n° 2345 (C.S.); *Paquin c. Trottier*, précité, note 143; *Falardeau c. Maloney*, J.E. 86-367 (C.A.); *Mayrand c. Gingras*, J.E. 89-1603 (C.A.); *Cloutier c. Girard et Ferland*, précité, note 107, 279; *Mongeau c. Mongeau*, J.E. 85-90 (C.A.), cité avec approbation dans *Garrett c. Garrett*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 9005 (C.S.).

¹⁵⁴ *Gauthier c. Leboeuf*, [1987] R.L. 570 (C.A.), inf. [1982] R.L. 129 (C.S.); *Meskinis c. Rabell*, précité, note 148; *McEwen c. Jenkins*, [1958] R.C.S. 719, 729; *Montplaisir c. Gélinas*, [1981] R.L. 251 (C.S.); *Russell c. LeFrançois*, (1884) 8 R.C.S. 335, 372; *Touchette c. Touchette*, précité, note 148, 575; Voir, pour le rappel de ces règles : *Hooper (Succession de)*, J.E. 98-1124 (C.S.); *Descôteaux c. Descôteaux*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 10024 (C.S.).

¹⁵⁵ *Mongeau c. Mongeau*, précité, note 153; réaffirmé dans *Tremblay c. Lépine (Succession de)*, J.E. 95-2125 (C.A.);

*capacité requise. Cette présomption de fait est laissée « à la discrétion et au jugement du tribunal » mais elle doit avoir un appui plus solide qu'un simple doute : elle doit inspirer au juge une certaine conviction.*¹⁵⁶

Les tribunaux seront de plus en plus appelés à se prononcer sur la validité de testaments rédigés par des personnes très âgées¹⁵⁷. Le notaire est invité à une plus grande prudence en ces circonstances : son témoignage peut être utile mais encore faut-il que la connaissance qu'il a du testateur ne se limite pas à la seule et unique rencontre lors de la signature du testament¹⁵⁸ ou encore faut-il qu'il n'instrumente pas à la seule demande des légataires éventuels du testament. Ces faits en eux-mêmes n'ont pas de signification particulière mais ils peuvent, dans le contexte général des faits mis en preuve, contribuer à atténuer la crédibilité du notaire, comme témoin privilégié, ou même à en écarter complètement le témoignage¹⁵⁹. Il est vrai que le notaire n'est pas la personne la plus qualifiée pour évaluer la capacité du testateur mais le notaire ne devrait pas instrumenter s'il constate que le testateur est « manifestement incapable »¹⁶⁰.

Analysons maintenant la présomption de capacité hors de tout régime de protection et la présomption variée d'incapacité ou d'incapacité sous divers régimes de protection. Le majeur est présumé

¹⁵⁶ *Paquin c. Trottier*, précité, note 143, 191 et 192.

¹⁵⁷ Nous pourrions citer les exemples suivants : le testament olographe rédigé par une testatrice âgée de 93 ans : *Godin-Faierstein c. Succession de feu Alice Bergeron*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 7656 (C.S.) ; les testaments successifs d'un testateur laissant ses biens tantôt à tous ses enfants et tantôt seulement à ses filles déshéritant ses fils : *Savoie c. Savoie*, J.E. 2002-790 (C.S.).

¹⁵⁸ *Mongeau c. Mongeau*, précité, note 153. Le notaire n'a rencontré la testatrice qu'à l'occasion de la rédaction du testament contesté alors que cette dernière était âgée de 87 ans et est décédée à peine quelques semaines plus tard. Le testament a été maintenu valide.

¹⁵⁹ *Touchette c. Touchette*, précité, note 148, 583 ; *Lafortune c. Bourque*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 1875 (C.S.) (voir par. 205-207) ; *Corporation municipale des cantons unis de Stoneham c. Ouellet*, précité, note 142, 191.

¹⁶⁰ *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, précité, note 68. Dans un bulletin émis par le Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec (André CLERMONT, « La capacité du testateur », bulletin n° 35, août 2004), l'auteur soulève la possibilité que les héritiers puissent réclamer d'un notaire les frais encourus pour l'annulation d'un testament notarié alors que le testateur ne jouissait manifestement pas de la capacité mentale pour tester et alors que le notaire n'a pas procédé aux vérifications usuelles en ces circonstances. Voir également à ce sujet, mais pour une opinion contraire : *Barrière c. Duhaime*, J.E. 95-1459 (C.S.).

capable de tester et sa capacité est analysée au temps de la confection du testament (art. 703 et 707 C.c.Q.). Le mineur ne peut pas tester et son incapacité, en principe, ne se guérit pas¹⁶¹. Le testament fait en minorité demeure nul même si le testateur décède quelques années plus tard alors qu'il est majeur. Il a toutefois la possibilité de disposer de sommes modiques et de prévoir les modalités de ses funérailles.

Le majeur peut être soumis à un régime de tutelle ou de curatelle. Le testament fait par l'inapte alors qu'il est protégé par l'un ou l'autre de ces régimes est atteint de nullité. Le législateur entend néanmoins protéger l'inapte également avant la mise en place du régime de protection : le testament rédigé avant la mise en place du régime de protection peut être annulé si l'inaptitude était notoire à l'époque de la confection du testament¹⁶². Encore là, le juge peut corriger les distorsions que peuvent engendrer ces règles. Il peut considérer valide un testament fait quelques mois avant la mise en place du régime de protection en se fondant sur les motifs qui ont incité la famille à demander l'ouverture de ce régime. Ainsi en est-il si l'inapte est tout simplement déprimé et que le régime de protection est demandé pour le soustraire aux manœuvres cupides de certains de ses enfants qui savaient avoir été déshérités¹⁶³. Il peut également considérer valide le testament fait par un majeur après sa mise en tutelle, mais non après sa mise en curatelle, si la nature des dispositions et les circonstances qui entourent la confection du testament le permettent¹⁶⁴. Cette confirmation de validité devrait survenir essentiellement après le décès : le testateur a droit au secret de ses dispositions testamentaires. À titre d'illustration, le testateur, placé sous un régime de tutelle, modifie son testament pour déshériter sa compagne de vie depuis plus de 20 ans au bénéfice de sa fille qui en prend soin depuis peu. Les motifs de la mise en place du régime de tutelle dépendent davantage des problèmes physiques ou des difficultés d'orientation spatio-temporelle sans toutefois affecter de façon significative le bon jugement du testateur. Ce testament au profit de la fille a été considéré valide¹⁶⁵.

¹⁶¹ Jean GUINAND et Martin STETTLER, *Droit civil II, Successions* (art. 457-640 CC), Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1992, p. 39.

¹⁶² Art. 284 et 290 C.c.Q.

¹⁶³ *Michaud c. Michaud*, J.E. 94-296 (C.S.).

¹⁶⁴ Art. 709 C.c.Q.

¹⁶⁵ *Riportella c. Gaudreault-Houle*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 2730 (C.S.).

En serait-il de même pour le testament préparé par un testateur à la suite de l'homologation d'un mandat conféré pour motifs d'incapacité¹⁶⁶ ? Le majeur peut conférer un mandat en prévision de son incapacité. Ce mandat est soumis pour homologation au tribunal en cas d'incapacité et le notaire peut tout autant agir en cette matière¹⁶⁷. Qu'en est-il du testament fait antérieurement à l'homologation du mandat conféré pour incapacité ? Nous retrouvons au titre du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant les dispositions pertinentes. La première est au même effet que pour l'acte fait par un incapable antérieurement au régime de protection, tutelle ou curatelle : il est possible d'obtenir l'annulation de l'acte accompli avant l'homologation si le mandant était **notoirement incapable**¹⁶⁸. La seconde peut être utile aux fins d'interprétation : les règles de la tutelle au majeur peuvent être invoquées à titre subsidiaire (art. 2168 C.c.Q.). Qu'en est-il du testament fait alors que le testateur est soumis à un mandat en cas d'incapacité déjà homologué par le tribunal ? Les textes au titre du mandat en cas d'incapacité n'envisagent pas l'acte fait postérieurement à l'homologation du mandat. Pour leur part, certains auteurs favorisent l'assimilation du mandat en cas d'incapacité à un régime de protection et tendent à appliquer les règles équivalentes ou par analogie¹⁶⁹. Il n'en est pas ainsi en jurisprudence qui voit dans le mandat en cas d'incapacité un mandat contractuel et non un régime de protection. S'il fallait suivre cette analyse jurisprudentielle, ce serait plutôt le droit commun qui devrait recevoir application¹⁷⁰. Il y aurait alors une dichotomie dans l'appréciation de la validité d'un testament selon qu'il est fait avant l'ouverture du mandat en cas d'incapacité ou depuis son ouverture. Il faudrait suivre une règle constante et nous serions porté à appliquer la règle de l'analogie au régime de protection pour évaluer la capacité du testateur tant antérieurement à l'homologation du mandat en cas d'incapacité qu'après son homologation¹⁷¹.

¹⁶⁶ Art. 2166 et 2170 C.c.Q.

¹⁶⁷ Art. 884.7 C.p.c.

¹⁶⁸ Art. 2170 C.c.Q.

¹⁶⁹ Edith DELEURY et Dominique GOUBEAU, *Les droits des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n^o 715 et 716, p. 555 et 556.

¹⁷⁰ Voir, sur la nature du mandat en cas d'incapacité : *Gauthier c. Gauthier*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n^o 7353 (C.S.).

¹⁷¹ N'oublions pas les propos du juge LeBel sur la cohésion qui inspire les règles du Code civil : L. LEBEL, *loc. cit.*, note 143, 12.

Est-il possible de demander l'annulation d'un testament qu'un inapte, qui vit toujours, a fait avant d'être mis sous un régime de protection ? Une réponse négative s'impose. Rappelons que le testament rédigé par le majeur avant l'ouverture d'un régime de protection n'échappe pas à la règle générale en matière successorale voulant qu'il est sans effet et virtuellement inexistant avant le décès du testateur. Le tuteur ou le curateur d'un majeur inapte n'a pas l'intérêt suffisant pour demander l'annulation d'un testament de son protégé encore vivant, pas plus qu'il ne peut tester pour son protégé, seul ou conjointement. Seule peut avoir un intérêt pour demander l'annulation d'un testament une personne qui peut avoir la certitude d'hériter en faisant annuler le testament attaqué, ce qui ne peut être réalisé du vivant du testateur¹⁷². Est-il possible pour un représentant judiciaire d'un majeur inapte de prendre connaissance d'un testament fait par son pupille ou d'en obtenir communication même du vivant de son pupille ? Le notaire n'a pas à donner communication d'un tel testament au représentant judiciaire du majeur inapte, même si le testament pouvait être annulable pour cause de captation ou d'incapacité¹⁷³.

Ce peut être non pas l'insanité mais la captation qui peut entraîner la nullité du testament, notamment par diverses manœuvres destinées à provoquer des revirements de sentiments et des changements d'attitude de la part du testateur envers des proches parents ou des bénéficiaires désignés¹⁷⁴. Le renversement du fardeau de la preuve, qui prévaut en cas d'insanité, n'existe pas dans le domaine du dol et de la captation¹⁷⁵.

Enfin, le législateur peut soutenir les personnes présumées en état de dépendance : il le fait tout particulièrement pour les person-

¹⁷² *L. (S.) c. L. (L.)*, [1994] R.D.F. 235, J.E. 94-327 (C.S.); voir au même effet : Camille CHARRON, « Annulation d'un testament : avant ou après le décès du testateur », (1983-1984) 86 *R. du N.* 479, commentant la décision *Rivest c. Vincent* (non rapportée) qui avait annulé un testament alors que le testateur était encore vivant.

¹⁷³ *E. (G.) c. E. (B.)*, [1994] R.J.Q. 1563 (C.S.).

¹⁷⁴ *Michaud c. L'Espérance*, J.E. 2002-963 (C.S.).

¹⁷⁵ *Corporation municipale des cantons unis de Stoneham c. Ouellet*, précité, note 142, 203.

nes hébergées en perte d'autonomie (art. 761 C.c.Q.)¹⁷⁶. Le legs fait à un propriétaire, à un administrateur ou à un employé d'établissement de santé ou de services sociaux par une personne qui y est hébergée ou prise en charge est affecté de nullité. Il en est de même du legs fait à un membre de la famille d'accueil à l'époque où le testateur était hébergé. Cette cause de nullité ne vise pas le legs fait au conjoint ou à un proche parent du testateur, qui serait propriétaire, administrateur ou salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux (art. 761 al. 1 C.c.Q.). Cette cause de nullité assure une protection au prestataire d'un centre d'accueil ou d'une famille d'accueil¹⁷⁷. Cette cause de nullité établit un régime de protection qui devrait recevoir une interprétation généreuse : ainsi, le legs fait à une famille d'accueil, qui n'est pas *reconnue* ou subventionnée, est également affecté de nullité aux termes de l'article 761 C.c.Q.¹⁷⁸.

2. La sauvegarde du testament par le tribunal

Au-delà de l'interprétation même du testament, le juge se voit confier une mission de protection des volontés du testateur. Cette mission est tantôt qualifiée de pouvoir modérateur, tantôt qualifiée de pouvoir créateur du juge. D'après M. le professeur Grimaldi, « l'interprétation créatrice s'expose au risque de l'arbitraire lorsqu'elle s'applique à une volonté que son auteur n'est plus là pour expliquer : relevant de l'art de faire parler les morts, elle prend un tour divinatoire... une boîte à surprises »¹⁷⁹.

Cette mission peut être analysée sous divers angles. Elle tend parfois à favoriser le volontarisme aux dépens du formalisme. Cette mission existe pour le testament tant à l'égard de la forme qu'à l'égard du fond. Elle tend à permettre au juge de combler ce qui serait autrement une déficience ou une faille. Le juge peut maintenir valide un

¹⁷⁶ *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1974, c. 42, art. 157 ; Camille CHARRON, « Nouvelle incapacité de recevoir une libéralité : effet de caducité ou de nullité ? », (1982-83) 85 *R. du N.* 206 ; Camille CHARRON, « Incapacité de recevoir une libéralité ; origine et lacunes de l'article 155 du chapitre S-5 des *Lois refondues du Québec* », (1983-84) 86 *R. du N.* 63.

¹⁷⁷ *Boisvert c. Fiset*, [1992] 45 *Q.A.C.* 23, [1992] *R.L.* 593 (C.A.).

¹⁷⁸ *Bourque c. Lafortune*, [2003] *R.J.Q.* 1437, [2003] *J.Q.* (Quicklaw) n° 5543 (C.A.) ; *Masse-Lafortune, liquidateur c. Bourque*, [2000] *R.J.Q.* 1852, [2000] *J.Q.* (Quicklaw) n° 1875 (C.S.).

¹⁷⁹ Michel GRIMALDI, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, n° 1487, p. 380.

testament qui présente certaines lacunes au point de vue de la forme ; il doit s'en tenir aux formalités essentielles et à la volonté de tester (art. 714 C.c.Q.). C'est atténuer son devoir de déclarer, dans la conception traditionnelle, le testament nul pour défaut de forme s'il y a manquement aux formalités imposées pour l'une ou l'autre des formes testamentaires reconnues. Il peut maintenir valide le testament qu'a pu faire une personne placée sous un régime de tutelle s'il est possible de démontrer un certain degré de lucidité de la part du testateur (art. 709 C.c.Q.). Cette mission entend parfois atténuer les conséquences imprévisibles lors de la rédaction d'un testament. Le juge peut révoquer ou modifier l'exécution d'une charge devenue impossible ou trop onéreuse pour l'héritier ou le légataire particulier¹⁸⁰. Cette mission lui permet d'atténuer la force obligatoire du testament comme il peut déjà le faire pour le contrat : « [c]onformément à une tendance contemporaine, le juge se voit ainsi conférer un pouvoir modérateur, qui lui permet de porter atteinte à la force obligatoire du contrat »¹⁸¹. D'après le professeur Brierley, le pouvoir du juge n'est plus régi par une philosophie « non interventionniste » dans le domaine successoral : le juge peut modifier, en certaines circonstances prévues, la teneur de l'acte testamentaire¹⁸². Le juge peut également se soucier de la protection des bénéficiaires et des créanciers. Il peut invalider les clauses qui prévoient l'inaliénabilité ou l'insaisissabilité en contravention des critères d'un intérêt sérieux et d'un caractère temporaire. Il peut aussi autoriser l'aliénation d'un bien si le gratifié le demande (art. 1213 C.c.Q.). Il recherchera les objectifs communs du testateur et des héritiers ; il scrutera la finalité de la disposition testamentaire.

Le sentiment judiciaire, dans son souci de sauvegarder les volontés du testateur, subit l'attrait tantôt de son pouvoir plus traditionnel d'interpréter le testament pour y découvrir les volontés ultimes du testateur, tantôt celui de son pouvoir modérateur d'adapter le testament aux réalités contemporaines. Dans le premier cas, le juge ne réécrit pas le testament ; dans le second cas, il intervient sur le

¹⁸⁰ Art. 771 C.c.Q. Rappelons comme règle de droit transitoire que ce pouvoir judiciaire peut s'appliquer également aux testaments faits antérieurement au 1^{er} janvier 1994 à propos de l'exécution des charges devenues impossibles ou trop onéreuses. Voir également sous l'ancien droit : *Thoms c. Brossard*, [1976] C.S. 15.

¹⁸¹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 62, n° 368, p. 213.

¹⁸² John E. C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 *C.P. du N.* 243, 263 et 278.

contenu des libéralités¹⁸³. Dans l'un et l'autre cas, le juge s'abstient de disposer en lieu et place du testateur : il ne fait que vouloir respecter la volonté du testateur.

Ce pouvoir du juge de protéger les volontés ultimes du testateur ne lui permet pas de substituer un légataire à un autre sous prétexte, même légitime, de diminuer l'impact fiscal de la succession. Dans *Hoffer c. Canadian Friends of the Hebrew University of Jerusalem*, le testateur contribuait généreusement de son vivant aux œuvres de la Hebrew University of Jerusalem, par l'intermédiaire d'une entité canadienne du nom de Canadian Friends of Hebrew University of Jerusalem. Les donations faites à cette entité canadienne étaient reconnues aux fins de déductions fiscales ; elles étaient destinées cependant à l'institution connue sous le nom de Hebrew University of Jerusalem. Dans un codicille notarié, un legs majeur est fait à Hebrew University of Jerusalem au lieu de Canadian Friends of the Hebrew University of Jerusalem, sa contrepartie canadienne. Pour diverses raisons, notamment sur le plan fiscal, la succession souhaitait un jugement déclaratoire pour que le légataire soit plutôt l'entité canadienne. Au dire du tribunal,

*[l]'identité de la bénéficiaire du legs particulier prévu dans le deuxième codicille ne souffre d'aucune difficulté d'interprétation. La légataire est désignée par son nom complet, de telle sorte qu'il ne peut y avoir méprise sur l'identité de la légataire. Comme la volonté du testateur est exprimée clairement, il n'y a pas lieu de rechercher l'intention du testateur. Le tribunal ne peut, dans les circonstances, substituer une légataire par une autre, si intimement liées soient Canadian Friends et Hebrew University of Jerusalem.*¹⁸⁴

Le legs peut être fait à une institution ou à une société fort connue par le testateur. Si cette institution change substantiellement au fil des ans ses objectifs et sa raison d'être, le legs peut-il être maintenu par le tribunal en se fondant sur l'article 1294 C.c.Q. à la section de la fiducie ou sur l'article 737 C.c.Q. ou doit-il être déclaré sans effet ou caduc ? C'est l'intention du testateur qui dictera la réponse. À titre d'exemple, un testateur rédige son testament en laissant le revenu de ses biens à son épouse, à ses frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs. À leur décès, le capital doit être remis

¹⁸³ *Id.*, 263.

¹⁸⁴ *Hoffer c. Canadian Friends of the Hebrew University of Jerusalem*, B.E. 2003BE-88 (C.S.).

ainsi : pour moitié au Sherbrooke Hospital, pour un quart au Trinity United Church et pour un autre quart à The Wales Home, Richmond, pourvu que ces institutions ne soient pas « *out of existence* ». Or, le Sherbrooke Hospital a été transformé dans la foulée des réformes de la santé, d'un hôpital à vocation générale à un hôpital pour soins de longue durée et en institut de gériatrie. Le legs au Sherbrooke Hospital est-il encore valide étant donné que l'hôpital a été fermé et l'institution convertie en institut de gériatrie ? Le testament notarié est précis. Chaque cas est un cas d'espèce ; il importe d'examiner les circonstances de l'opération de même que les objectifs poursuivis. Le testateur a l'intention d'avantager une institution oeuvrant dans les soins médicaux et dans les services hospitaliers, non pas une institution de soins prolongés en gériatrie. Le testateur a connu de plus de façon toute particulière le Sherbrooke Hospital : il en a été le président pendant près de 16 ans. Ce legs au Sherbrooke Hospital est devenu caduc. Le legs universel est dévolu au Trinity United Church pour moitié et à The Wales Home, Richmond, pour l'autre moitié¹⁸⁵.

Le juge peut bien sûr se soucier de la possibilité que des conditions prévues au testament deviennent inadaptées et irréalistes : les circonstances peuvent ainsi l'amener à la révocation de charges ou de conditions dont les legs peuvent être assortis. Dans *Desrosiers-Tardif c. Registrateur de la division d'enregistrement de Montréal*¹⁸⁶, le testateur lègue un immeuble à sa famille sous condition de ne pouvoir le vendre ni l'hypothéquer pendant 12 ans. Or le testateur, de son vivant, s'est inquiété de ce que cet immeuble nécessitait des réparations et, quelques jours avant sa mort, a confié à un agent immobilier le mandat de le vendre. Est-il possible de considérer de ce fait la condition révoquée et ainsi accorder à sa fille le droit de vendre l'immeuble sans égard au délai de 12 ans imposé par le testateur ? Au dire du tribunal, le comportement du testateur dans les quelques jours précédant son décès est fort révélateur : le testateur s'inquiétait dès lors de la pertinence de maintenir ce délai de 12 ans imposé éventuellement à la légataire. Le mandat qu'il avait confié à un agent de vendre l'immeuble est un signe de révocation de la condition imposée à la légataire. Sous le *Code civil du Québec*, le tribunal n'a pas à voir dans le comportement du testateur une révocation plau-

¹⁸⁵ *Armitage (Succession) c. Institut de gériatrie de Sherbrooke*, J.E. 2000-63, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 5058 (C.S.).

¹⁸⁶ J.E. 89-740 (C.S.).

sible de la condition ; il n'a qu'à se prévaloir du pouvoir que lui accorde la loi à l'article 1213 C.c.Q. de contrebalancer les divers intérêts en jeu.

Le juge peut toutefois, dans les limites que lui accorde la loi, adapter le testament aux nouvelles réalités sociales ; il peut croire que le testateur ne se serait pas comporté de manière identique face aux circonstances nouvelles. Le juge peut donc préférer en ces circonstances favoriser un légataire plutôt qu'un autre et vouloir présumément mieux atteindre ou protéger les volontés ultimes du testateur. À titre d'exemple, le testateur entend contribuer aux services de soins de santé en cardiologie et en chirurgie d'un hôpital bien connu ; il laisse le résidu de ses biens pour fins de recherche et d'achat d'équipement à cette institution connue. Cette institution hospitalière est fermée dans la foulée des compressions gouvernementales dans le domaine de la santé. Le legs est prévu comme suit :

I direct that the rest and residue of my Estate, movable and immovable, including any property over which I may have any powers of appointment or disposal, shall be equally divided between the Cardiology Department and the Surgery Department of the Queen Elizabeth Hospital in Montreal, to be used for the purposes of research and the purchase of medical equipment.

Le tribunal invoque l'article 1298 C.c.Q. et évite ainsi la caducité du legs.

L'article 869 C.c.B.C., en sa rédaction, paraît, en quelque sorte, considérer le fiduciaire au même titre et statut qu'un exécuteur testamentaire. En outre, l'article utilise l'expression « simples ministres pour des fins de bienfaisance... ».

D'autre part, l'article 71 de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil (C.Q. 1992 chap. 57) indique que la loi nouvelle régie ainsi les fondations et fiducies établies par donation ou testament avant l'entrée en vigueur du nouveau code :

Art. 71. Les fondations et les fiducies établies par donation avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont régies, quant à leurs effets et leur extinction, par la loi nouvelle, de la même manière que celles établies par testament.

Compte tenu de l'impossibilité, tant du liquidateur que du fiduciaire de l'Hôpital Reine Elizabeth, d'accomplir les volontés exprimées par le tes-

*tateur quant à l'emploi du résidu de sa succession, le Tribunal estime, qu'en l'occurrence, l'article 1298 doit recevoir application [...].*¹⁸⁷

C'est ainsi que le juge, loin de déclarer le testament impossible ou le legs caduc, substitue l'Hôpital St-Mary, un hôpital à vocation quasi-similaire, à l'Hôpital Reine Elizabeth.

Ce jeu d'équilibre des intérêts des bénéficiaires et des volontés du testateur permet au tribunal d'intervenir en certaines circonstances, soit pour modifier la fiducie, soit pour y mettre un terme. Suivant l'article 1294 C.c.Q., le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif de la fiducie si les nouvelles mesures permettent de mieux respecter les volontés du constituant ou de mieux favoriser l'accomplissement de la fiducie ; le tribunal ne peut intervenir en ces circonstances que si la fiducie répond toujours aux volontés du constituant. Ce qui est majeur dans les circonstances, c'est toujours la sauvegarde des volontés du testateur. En revanche, le tribunal peut mettre fin à la fiducie si les volontés du constituant ne peuvent plus être atteintes en raison de circonstances imprévisibles ou inconnues du testateur. Le tribunal pourrait toutefois, dans le cadre d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche de celui fixé à l'origine.

Les tribunaux ont jusqu'à maintenant refusé de modifier une fiducie lorsque ces modifications ne respectent pas les volontés du constituant¹⁸⁸. Ils s'opposent également à la modification des bénéficiaires de la fiducie si cela n'est pas conforme aux volontés du constituant¹⁸⁹. Ils expriment également une ferme réticence à intervenir même s'il y a consentement des divers bénéficiaires à la modification ou à la fin anticipée de la fiducie¹⁹⁰ suivant en cela l'opinion émise par le professeur Brierley, de regrettée mémoire, qui soutenait que « mettre fin prématurément à la fiducie à la volonté d'un

¹⁸⁷ *In the Matter of the Estate of the Late Donald Speirs Dufty, The Bank of Nova Scotia Trust Company c. Raymond Chabot Inc.*, J.E. 2001-1452, [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 3172 (C.S.).

¹⁸⁸ *Vaillancourt (Succession de) c. Trust Banque Nationale*, J.E. 2002-1427 (C.S.); *Alkallay c. Bratt*, J.E. 2003-388 (C.S.).

¹⁸⁹ *Poirier et De Coste*, J.E. 97-1742 (C.S.).

¹⁹⁰ *Alkallay c. Bratt*, précité, note 188; *Stevenson c. National Trust Co.*, [1995] A.Q. (Quicklaw) n° 2262 (C.S.).

bénéficiaire ne semble pas respecter le libellé et l'esprit de l'article 1294 »¹⁹¹. Nous pourrions sans doute discuter de ce pouvoir du juge d'intervenir sur le seul consentement des bénéficiaires ; il faut se rappeler alors que le juge est le protecteur des intérêts du testateur. Le fera-t-il sans questionnement et à la demande unanime des bénéficiaires ? Nous en doutons : les désirs du testateur doivent être protégés sauf circonstances humaines ou économiques exceptionnelles qui ont pu échapper à l'appréciation du testateur lors de la confection du testament¹⁹². Il est vrai également qu'en certaines circonstances le juge peut mettre fin à la fiducie. Il peut apprécier les circonstances survenues depuis le décès du testateur. Il peut modifier les conditions de la fiducie et même y mettre un terme : c'est le cas dans l'affaire *Stevenson* car les fiducies, l'une pour le fils, l'autre pour la fille, n'étaient pas soumises aux mêmes conditions et pourtant la fille avait aussi acquis une indépendance financière que ne pouvait prévoir le testateur :

Dans les circonstances, le Tribunal est d'avis qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1284 C.c.Q. précité sur la base de circonstances inconnues du testateur qui rendent trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie. À l'époque où le testament a été rédigé, compte tenu de l'âge du testateur, il était souvent de bon aloi de prévoir des dispositions testamentaires différentes pour protéger les filles du testateur, du moins le croyait-on. Il faut aussi reconnaître que depuis cette époque, les mentalités ont évolué énormément dans la société et il est de moins en moins acceptable que, sous prétexte de protéger les femmes, on leur impose des dispositions discriminatoires. Dans le même ordre d'idées, il est permis de croire que le testateur n'a pas davantage voulu que les revenus de ses biens soient en majorité gérés pour le bénéfice des gouvernements et du Trust intime, alors que l'on pourrait disposer du capital sans autre délai.

C'est pourquoi il est raisonnable de penser que si le testateur avait pu anticiper, d'une part, l'indépendance financière de sa fille et, d'autre part, les conditions socio-économiques de 1995, il aurait traité sur un

¹⁹¹ John E.C. BRIERLEY, « Titre cinquième : Des restrictions à la libre disposition de certains biens. Les articles 1212-1255 », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 711, au n° 42, p. 774.

¹⁹² *Id.* ; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 464 et suiv., p. 294. Au soutien d'une intervention judiciaire possible à la demande des bénéficiaires : Diane BRUNEAU, « La modification et la terminaison des fiducies par les tribunaux du Québec », (2003) 105 R. du N. 409, 434.

*pied d'égalité son fils et sa fille et aurait ordonné la fin de la fiducie par le partage et la remise du capital.*¹⁹³

Les tribunaux peuvent, comme ils l'ont fait d'ailleurs, substituer un bénéficiaire à celui qu'avait initialement prévu le testateur, toujours dans le respect de ses volontés et des objectifs poursuivis, dans le cadre d'une fiducie d'utilité sociale¹⁹⁴. Cette substitution s'inscrit dans une démarche de respect des intentions du testateur d'avantager un domaine d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Cette substitution ne peut s'opérer si le testateur lègue ses biens à une personne, physique ou morale, bien identifiée, sans vouloir pour autant avantager un domaine d'intérêt général¹⁹⁵.

*
* *

Le testateur n'est pas isolé dans sa démarche. Il peut espérer que les tribunaux résisteront à l'appât du gain de légataires « virtuels ». Il peut espérer que ses volontés, exprimées dans une forme minimale de tester, seront protégées par les tribunaux. La protection des volontés du testateur, tant formelle que substantielle, constitue une mission essentielle du tribunal. Et on ne peut prétendre, dans l'état actuel de la jurisprudence, que les volontés du testateur sont subjuguées à la forme. Et on ne peut prétendre, non plus, le contraire. La jurisprudence conserve un équilibre entre les impératifs de la forme et le soutien des volontés du testateur.

Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de créer de testament ; le testament judiciaire n'existe pas encore et que l'on en soit épargné¹⁹⁶. Encore là, ils prennent garde de réécrire les volontés ultimes. Toute interprétation que les tribunaux confèrent à un testament prend

¹⁹³ *Stevenson c. National Trust Co.*, précité, note 190.

¹⁹⁴ *In the Matter of the Estate of the Late Donald Speirs Dufty, The Bank of Nova Scotia Trust Company c. Raymond Chabot Inc.*, précité, note 187.

¹⁹⁵ John E. C. BRIERLEY, « Titre sixième : De certains patrimoines d'affectation Les articles 1256-1298 », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 191, p. 777. Voir, à titre d'exemple : *Armitage (Succession) c. Institut de gériatrie de Sherbrooke*, précité, note 185.

¹⁹⁶ L'article 714 C.c.Q. ouvre-t-il la voie au testament judiciaire ? Voir les propos de Jean MARTINEAU, « Le carnet du praticien », (1995) 97 *R. du N.* 495, 497 ; voir également : Nicholas KASIRER, « The "Judicial Will" Architecturally Considered », (1996) 99 *R. du N.* 3, 24, n° 14.

appui dans plus d'un élément. Il y a toujours recherche d'éléments, soit dans le cadre même du testament, soit dans les événements qui ont marqué son ébauche, qui corroborent la justesse de l'interprétation judiciaire. La protection des volontés du testateur demeure donc un impératif absolu et en découle nécessairement la sauvegarde, si possible, du testament. Dans cette même perspective, les charges et les conditions ne sont révisées que dans le but de rejoindre les objectifs fondamentaux de protection des volontés du testateur et du testament. Cela ne veut pas dire que des testaments ne sont pas annulés. Bien au contraire. Il y en a et il y en aura peut-être encore davantage. Les testaments, rédigés sous impulsion ou inspirés par la vengeance éphémère, peuvent révéler une instabilité psychologique et ainsi ne pas être maintenus par les tribunaux pour le motif d'incapacité de fait de tester. Le conseiller juridique doit-il, dans des circonstances ambiguës, refuser d'instrumenter ou différer son intervention. La seconde attitude est définitivement à écarter et on pourrait certes réprimander le conseiller juridique qui adopterait ce comportement. La première attitude est sans doute préférable¹⁹⁷ mais les nombreuses décisions rendues en ce domaine nous laissent perplexes. Le testateur et sa famille dénicheront sans doute un conseiller juridique plus flexible et plus accommodant : le plaisir de quelques instants peut dissimuler le cauchemar d'un procès interminable.

¹⁹⁷ *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, précité, note 68. Voir les propos de la juge Mailhot au paragraphe 61.

