

**LE TESTATEUR ET SON CLONE INAVOUÉ,
LE JUGE OU L'ART DE CONCILIER
FORMALISME ET VOLONTARISME DANS
L'INTERPRÉTATION TESTAMENTAIRE :
à la recherche du sens des expressions ou
des institutions juridiques auxquelles
fait référence le testateur***

Pierre CIOTOLA**

1. Certaines expressions empruntées à la famille : « conjoint »,
« époux », « enfant », « héritiers légaux » 243

1.1 Les termes « conjoint » et « époux » 243

* Le premier volet de cette étude porte sur le juge et l'interprétation des volontés du testateur. Il est publié sous le titre « Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur », (2005) 39 *R.J.T.* 1. Ce volet analyse les principes usuels d'interprétation des testaments et ceux de la protection de l'intention du testateur. L'auteur s'arrête tout particulièrement à une double dimension dans l'art de substituer le juge au testateur : le clone difforme : la forme de tester et le clone conforme : la volonté de tester. L'étude fait référence essentiellement aux articles et aux décisions qui peuvent être utiles dans l'analyse de cet aspect. Elle tient compte de la doctrine et de la jurisprudence en date du 1^{er} novembre 2004. Il est bien sûr utile de consulter les traités et les ouvrages classiques sur le sujet. Germain BRIÈRE, « Les successions », dans *Traité de droit civil*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994 ; Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994 et Germain BRIÈRE et Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, 3^e éd., dans « Coll. Bleue », Montréal, Wilson et Lafleur, 2002 ; Germain BRIÈRE, *Les libéralités*, 8^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 ; *Les successions ab intestat*, 9^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983 ; *Précis du droit des successions*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1991 ; *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, Théorêt, t. 3, 1897, t. 4, 1899 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.

Nous tenons également à remercier grandement mesdames Sophie Morin, avocate (alors étudiante au doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, année 2002-2003) et Cindy Martin (alors étudiante en troisième année, Faculté de droit, Université de Montréal, été 2003) pour leur coopération bien appréciée dans la recherche des décisions pertinentes à cet article.

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

1.2	Le terme « enfant »	249
2.	Certains termes populaires et la détermination des biens légués	260
2.1	Reflet d'idiomes populaires : « argent ou mon argent », « au dernier vivant les biens », « reste de mes biens »	260
2.2	D'autres situations ambivalentes	264
3.	La confusion des régimes d'administration des biens	265
4.	L'interprétation compatible avec les diverses modalités et démembrements de la propriété constitués à titre gratuit	268
4.1	Le legs en usufruit	269
4.2	Le legs en substitution	273
4.3	Le legs comportant fiducie.	275
4.4	Le legs avec faculté d'élire	278
4.5	Le legs comportant substitution <i>de residuo</i>	283
4.6	Le legs se limitant à un seul conseil	286
5.	L'interprétation respectueuse de l'ordre public	287
5.1	Des conditions illicites	288
5.2	Des conditions licites	290
6.	La qualification d'un legs	295
6.1	Le bien aliéné par le curateur dont le protégé a prévu une transmission différente par testament avant la curatelle	296
6.2	Le legs d'une quote-part du produit de l'aliénation d'un bien	297

6.3	Le legs en propriété de la résidence principale identifiée par son adresse et aliénée quelques années plus tard	298
6.4	Le legs fait en parts égales à mon épouse et à mes enfants	298
6.5	Le legs à titre particulier d'un bien compris dans le patrimoine familial	299

Dans la poursuite de notre réflexion sur l'interprétation des testaments, et sur la question du juge, comme clone conforme ou difforme du testateur, il n'est pas rare de constater que des expressions ou des institutions peuvent créer difficulté lors de la rédaction d'un testament et soulèvent dès lors des conflits d'interprétation. Ces expressions dénotent une évolution linguistique et juridique plutôt marquée des termes utilisés. Ces termes sont des plus variés : il peut s'agir des termes « conjoint », « époux », « enfants ». Ils peuvent être également le reflet d'idiomes populaires : « argent » ou « mon argent », « au dernier vivant les biens ». Ils peuvent être associés à des régimes d'administration des biens d'autrui ou à des institutions juridiques : l'usufruit, la fiducie et la substitution. Ils peuvent être étroitement liés à des conditions surprenantes, tantôt licites, tantôt prohibées. Ces termes peuvent également quantifier des legs et ainsi en altérer la nature sur le plan juridique comme legs universels, à titre universel ou à titre particulier. Ils peuvent également soulever la conciliation de l'intention du testateur et de la volonté du législateur dans la protection de la famille et des héritiers, comme le droit au cumul des droits matrimoniaux et successoraux. Et leur interprétation a un impact significatif sur la dévolution des biens du testateur. Elle peut signifier pour les uns la reconnaissance de leurs droits en tant qu'héritier ; elle peut pour d'autres les priver de tout droit dans la succession.

1. Certaines expressions empruntées à la famille :

« conjoint », « époux », « enfant », « héritiers légaux »

1.1 Les termes « conjoint » et « époux »

La codification du droit de la famille préfère le terme « conjoint » à celui d'« époux ». Le « conjoint » s'est transformé au fil des lois sociales : il occulte le conjoint qualifié comme légitime au profit d'un conjoint marié ou non. La récente législation sur l'union civile bouleverse les diverses acceptions de ce terme : le conjoint désigne aussi un conjoint uni civilement sans égard au sexe.

A. Sens du terme « conjoint »

Quel sens faut-il donner au terme « conjoint » ? Divers sens sont plausibles. Ce peut être bien sûr le sens juridique étroit et alors le terme vise essentiellement le conjoint de droit, soit le conjoint marié, soit le conjoint uni civilement. Ce peut tout aussi bien être le sens juridique élargi rencontré autant dans le droit statutaire qu'en droit civil : alors le conjoint de fait est également visé¹. Ce peut être aussi un sens qui ne cadre pas exactement dans l'une ou l'autre des acceptions de ce terme : la volonté du testateur est alors prédéterminante. Dans l'affaire *Tremblay c. Moreau*², le testateur lègue la résidence sise à St-Ambroise à « Murielle », « pourvu que cette dernière fasse encore vie commune avec moi à ma mort ». La question est soumise au tribunal : Murielle faisait-elle encore vie commune avec le testateur au moment de son décès ? La situation est plus complexe que l'on ne pourrait le croire. Le couple ne cohabite pas de façon constante. Le testateur travaille dans la région de Québec mais il fréquente Murielle installée à Sept-Îles. Murielle se rapproche de son ami ; elle s'établit d'abord à Stoneham puis à Québec même. Elle rejoint sa fille au Lac St-Jean ; le testateur la fréquente les fins de semaine. Le testateur achète une résidence à St-Ambroise qui n'est pas habitable à l'année ; il entend la rénover et y vivre avec Murielle. Le testateur décède avant même que la résidence ne soit rénovée. Murielle est-elle dans les faits une conjointe ou tout simplement une amie ? Ils ne se rencontrent que les fins de semaine, le testateur vivant alors à Québec et Murielle au Lac St-Jean. Au dire du tribunal, la notion de vie maritale l'emporte sur la cohabitation. Il n'est pas rare que des couples vivent éloignés les uns des autres sur semaine et ne se rencontrent que les fins de semaine. Il n'est pas rare de voir des couples avoir deux résidences et deux lieux de travail différents. La vie de couple ne suppose pas nécessairement une vie continuelle sous un même toit mais nécessite une intention de vie commune³. Certains faits confirment que le testateur et Murielle se considèrent comme un couple de fait et non simplement comme des amis : une police d'assurance sur les meubles émise au nom du

1. Nous n'entendons pas revoir l'évolution de ce terme dans le cadre de cette étude. Voir Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223. Voir également la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 61.1, inséré par la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 143, entrée en vigueur le 24 juin 2002.
2. *Tremblay c. Moreau*, J.E. 2001-1176 (C.S.) ; D.T.E. 2001T-634 (C.S.).
3. *Droit de la famille - 117*, [1986] R.J.Q. 638 (C.A.) ; *Auger c. Comité de retraite du régime de retraite de l'Université de Montréal*, J.E. 2001-1081 (C.S.).

couple, la carte bancaire du testateur mise à la disposition de Murielle, la procuration signée par le testateur quelque temps avant son décès désignant Murielle comme sa conjointe. Aussi, Murielle est considérée comme vivant maritalement avec le testateur au moment du décès de ce dernier ; elle satisfait aux exigences du legs.

B. Legs au « conjoint », mais quel conjoint ?

Le legs fait à un conjoint est-il en soi un legs clairement rédigé ? Nous retiendrons trois circonstances qui peuvent poser problème soit (1) les attentes d'un conjoint divorcé avantagé dans un testament fait avant le prononcé du divorce (2) les prétentions de conjoints successifs à divers avantages testamentaires ou à des régimes de retraite et (3) les désirs d'un conjoint de fait ou d'un conjoint sporadique d'hériter.

L'ex-conjoint divorcé qui est avantagé dans un testament fait avant divorce peut-il bénéficier de ce legs ? Le legs est fait au conjoint marié et entre-temps survient un divorce puis le décès du testateur. Qu'en est-il alors ? Le legs fait à un conjoint est révoqué, sauf intention contraire, par le divorce ou l'annulation de mariage survenu depuis la confection du testament⁴. Il en est de même de la nomination de liquidateur faite au profit de ce conjoint. Cette règle, introduite par la codification de 1992, concorde également avec la caducité des donations à cause de mort faites entre époux, advenant divorce⁵ ou même de la révocation du conjoint comme bénéficiaire d'une police d'assurance sur la vie⁶. Le legs conserve ses effets s'il y a intention du testateur en ce cas malgré le divorce ou l'annulation de mariage. En effet, aux termes de l'article 764, al. 1 C.c.Q., le testament est maintenu si le testateur a, par des dispositions testamentaires, manifesté l'intention d'avantager le conjoint malgré cette éventualité. Cette règle était nécessaire non seulement pour uniformiser les dispositions en droit de la famille mais également pour contrer l'ancien droit voulant que le divorce ne soit pas un motif de révocation légale des legs que les ex-époux se sont consentis avant la survenance du divorce⁷.

4. Art. 764 C.c.Q. ; voir pour analogie avec la caducité du legs, art. 750 C.c.Q.

5. Art. 519 C.c.Q.

6. Art. 2459, al. 2 C.c.Q.

7. *Balla c. Les héritiers de la succession Balla*, J.E. 81-203 (C.S.).

La révocation pour le motif du divorce ou de l'annulation de mariage peut-elle être qualifiée comme un effet du divorce ou de l'annulation de mariage ou, étant prévue dans le *Code civil du Québec* au chapitre de la révocation du testament ou d'un legs, ne dépend-elle pas davantage du droit successoral ? La révocation du legs du fait du divorce est liée au droit des successions et non au droit du divorce. Cette disposition précise les effets d'un testament s'il y a survenance de divorce et permet d'identifier les héritiers. Aussi, il suffit de démontrer que le testateur est décédé depuis le 1^{er} janvier 1994, qu'il est divorcé et que le legs fait avant divorce avantage le conjoint⁸. Rappelons que le décès du conjoint en instance de

8. La juge Pierrette Rayle le souligne d'emblée dans l'affaire *Sioris c. Lamarre* :

« Le divorce a évidemment pour effet de dépouiller les époux du statut que leur conférerait le lien matrimonial maintenant dissout. Et il appartient certes au législateur d'intervenir législativement lorsque ce nouveau statut civil risque d'entrer en conflit avec un régime de droit distinct. Ainsi, il appartenait au législateur compétent de prévoir expressément les conséquences du divorce sur les citoyens dans les différents champs de leurs activités juridiques. Ainsi, par l'art. 557 C.c.Q. [1980] (art. 519 C.c.Q.) le législateur a fait en sorte que le principe de la liberté consensuelle exprimée au contrat de mariage des parties cède le pas devant la dissolution du régime matrimonial et du mariage. De la même manière, le législateur a prévu que les droits et obligations des parties au contrat d'assurance seront affectés par la prononciation d'un divorce (art. 2555 C.c.B.C. et art. 2459 C.c.Q.). L'entrée en vigueur de l'art. 764 C.c.Q. parfait le résultat voulu par le législateur, soit que, suite au divorce, soient révoqués tous les avantages de survie conférés au conjoint en considération du mariage, que ce soit par contrat de mariage, par contrat d'assurance ou par testament.

L'ajout de l'art. 764 C.c.Q. complétait une réforme entamée par le législateur depuis 1982 avec l'entrée en vigueur de l'ancien art. 557 C.c.Q. (1980) et de l'art. 2555 C.c.B.C. Il était déjà acquis qu'en matière de succession ab intestat, le conjoint divorcé ne pouvait plus hériter de son ex-conjoint vu la dissolution du lien matrimonial. Il fallait donc une disposition législative, l'art. 764 C.c.Q., pour « boucler la boucle » en matière de succession testamentaire. Du même coup on mettait fin aux incertitudes créées par l'interprétation jurisprudentielle de dispositions testamentaires qui tantôt semblaient avantager le conjoint en tant que tel (d'où la caducité de la disposition en pareil cas), et tantôt avantager le conjoint en tant qu'individu (d'où le maintien du legs malgré le divorce).

L'art. 764 C.c.Q. importe en matière de succession testamentaire les conséquences juridiques du divorce. Le Tribunal ne peut pas voir dans cet article une disposition qui traite davantage de divorce que de succession. L'art. 764 C.c.Q., s'il réfère au divorce comme une réalité, ne porte pas sur celui-ci : il régit plutôt le droit des successions dans ses dimensions les plus importantes soit la portée juridique des volontés du testateur et l'identification de ses héritiers. »

Sioris c. Lamarre, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 1579 (C.S.) ; [1998] R.J.Q. 1573 (C.S.) ; *Sioris c. Lamarre*, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 889 (C.A.) ; voir pour opinion contraire, *Droit de la famille - 2292*, [1995] R.D.F. 721 (C.S.) (effet du divorce, il n'y a pas de révocabilité pour le jugement de divorce prononcé avant le 1^{er} janvier 1994) ; également Jacques AUGER, « Le droit des successions et le droit transi-
(à suivre...)

divorce ou pendant le délai de 30 jours prévu pour l'émission du certificat de prise d'effet du divorce entraîne la dissolution du mariage pour cause de décès et non de divorce ; ainsi, le conjoint en instance de divorce ou sur le point d'être divorcé n'est pas privé de ses droits d'hériter⁹.

Cette disposition de l'article 764 C.c.Q. concerne le conjoint de droit et, depuis le 24 juin 2002, le conjoint uni civilement. Les droits respectifs des conjoints de fait ne sont pas visés par cette disposition. Aussi, l'analogie entre le divorce pour le couple marié et la cessation de la vie commune pour les conjoints de fait n'est pas plausible¹⁰ et faudrait-il ajouter également l'analogie entre la rupture de la vie commune pour le couple uni civilement et la cessation de vie commune pour les conjoints de fait. La désignation du conjoint de fait, principalement à titre de légataire universel ou à titre universel n'est pas révoquée du simple fait de la cessation de vie commune ; le legs n'est pas nécessairement soumis à une condition de faire vie commune¹¹. Le législateur ne s'est pas prononcé en ce sens.

Une seconde situation concerne également la possibilité de conflits entre conjoints successifs du testateur. Les testaments successifs et contradictoires des testateurs brisés psychologiquement ajoutent à la confusion et suscitent des conflits entre les diverses personnes de son entourage¹². Le testateur peut préférer sa conjointe de fait au détriment de son épouse mais cela ne prive pas l'épouse *séparée mais non divorcée* de droits qu'elle peut réclamer dans le partage de biens familiaux ou de réclamer les droits qui lui reviennent dans toute partie de la succession dévolue *ab intestat*.

(...suite)

toire », (1995) 1 C.P. du N. 57, nos 63 et s. ; Jacques BEAULNE, « L'article 764 C.c.Q. et le droit transitoire : le divorce prononcé avant le 1^{er} janvier 1994 emporte-t-il révocation du legs consenti au conjoint ? », (2002) 104 R. du N. 491 ; voir pour une étude générale de la question : M.C. ARMSTRONG, « De certains recours de nature familiale à l'encontre d'une succession », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 126, p. 373, 380.

9. M.C. ARMSTRONG, « De certains recours de nature familiale à l'encontre d'une succession », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 126, p. 373, 380.

10. *Demers (Succession de) c.*, J.E. 99-2345 (C.S.).

11. *Demers (Succession de) c. Boily*, J.E. 99-2345 (C.S.).

12. *Simard c. Beaulieu*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 4705 (C.S.).

Ces conflits peuvent concerner la priorité d'un conjoint à toucher les prestations de régimes de retraite par rapport au choix qu'a pu exprimer le cotisant aux régimes de retraite ou de pension. Depuis le 1^{er} janvier 2001, le cotisant à un régime de retraite peut disposer de ses droits au profit de bénéficiaires ou de légataires autres que son conjoint¹³. Cette prérogative est assortie d'une condition *sine qua non* : le conjoint du cotisant doit renoncer à ses droits par déclaration à cet effet auprès du comité de retraite du régime concerné. Elle est également affectée d'une probabilité toute autre : la possibilité pour le conjoint du cotisant de rétracter cette renonciation. Elle vise, pour le conjoint survivant, la protection de l'intégralité de ses droits à la prestation de retraite. Les conjoints peuvent néanmoins céder leurs droits entre eux dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation de corps ; le caractère impératif de la loi n'y fait pas obstacle.

L'affaire *Sabourin c. Dubien*¹⁴ nous permet d'illustrer cette hypothèse. Le testateur dispose par testament de ses droits dans un régime de retraite au profit de ses enfants et retranche à son épouse ses droits éventuels à ses prestations de retraite. Il ne demande pas à son épouse de renoncer au préalable aux droits dont elle aurait pu autrement bénéficier. Les légataires sont-ils alors préférés à la veuve

-
13. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1, art. 88.1 :
« Le conjoint d'un participant peut renoncer aux droits que lui accorde la présente sous-section en transmettant au comité de retraite une déclaration contenant les renseignements prescrits par règlement. Le conjoint peut également révoquer cette renonciation pourvu que le comité en soit informé par écrit avant le décès du participant ou, dans le cas de la rente visée au deuxième alinéa de l'article 87, avant le début du service de la rente du participant.
La renonciation prévue au présent article n'entraîne pas renonciation aux droits qui peuvent échoir au conjoint à titre d'ayants cause du participant. De plus, malgré une telle renonciation, le régime de retraite est, pour l'application de l'article 415 du Code civil, réputé régi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès. »
14. [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 4714 (C.S.). La disposition testamentaire est rédigée en ces termes :
« Je donne et lègue, à titre de propre et en parts égales, entre Josée Sabourin et Brigitte Sabourin, le résidu de tous mes biens meubles et immeubles de nature quelconque et en quelque endroit qu'ils soient situés que je délaisserai au jour et à l'heure de mon décès, y compris tout régime enregistré d'épargne-retraite et tout fonds enregistré de revenu-retraite souscrit auprès de toute institution financière ainsi que le produit de mes polices d'assurance-vie non attribué à un ou des bénéficiaires nommément désignés ou dont l'attribution de bénéfice s'avèrera caduque instituant Josée Sabourin et Brigitte Sabourin, mes légataires universelles résiduelles.
En cas de prédécès de l'une d'elles, sa part accroîtra à sa co-légataire. »

pour recevoir les prestations de rente ? Cette législation québécoise sur les régimes de retraite est d'ordre public : elle a un caractère impératif. Aussi, le cotisant ne peut à sa seule discrétion priver par anticipation son conjoint survivant de ses droits dans le régime de retraite ; il doit au préalable obtenir une renonciation de la part de son conjoint, bénéficiaire éventuel des droits de retraite, et en informer le comité de retraite. Autrement, le conjoint du cotisant conserve ses droits, mais plus encore il pourra réclamer le privilège du cumul de ses droits dans le régime de retraite et de tous les autres droits qui peuvent découler, le cas échéant, de son régime matrimonial et de sa situation de conjoint survivant. Les droits du conjoint survivant sont indéniablement protégés dans cette législation nouvelle¹⁵ ; celui-ci peut revendiquer ses droits de préférence à d'autres proches ou à d'autres ayants droit¹⁶.

1.2 Le terme « enfant »

Quant au terme « enfant », il n'échappe pas à la complexité nouvelle du droit de la famille. L'éclatement de la famille traditionnelle ne permet plus de donner à ce terme le sens consacré de l'enfant né d'une mère et d'un père unis en mariage. Le mariage était intimement lié comme institution civile à la philosophie judéo-chrétienne et les enfants, conçus pendant mariage, étaient légitimes. La société admettait bien sûr l'adoption comme source de filiation ; l'adoption n'a vraiment produit les pleins effets de la filiation qu'à compter de 1969. Auparavant, le terme « enfant » avait un sens fort restrictif : il comprenait l'enfant adopté, sauf intention contraire, et, qui plus est, écartait l'adopté de toute substitution qui avantageait les enfants légitimes de l'adoptant comme grevés ou comme appelés¹⁷. Ce n'est qu'en 1969 que le législateur considère l'adopté comme l'enfant de l'adoptant à tous égards et à l'égard de tous¹⁸. Le terme « enfant » voit sa signification vraiment transformée en conformité d'un sentiment généralisé par la réforme de la famille entrée en vigueur le 2 avril 1981. Aux termes de l'article 592 C.c.Q. d'alors, l'enfant désigne autant l'enfant né du sang ou de l'adoption : disparaissait toute distinction entre l'enfant légitime, légitimé, adultérin et incestueux. On est donc bien loin des textes restrictifs d'origine. Cette modification entraînait bien sûr une transformation du droit successoral.

15. *Sabourin c. Dubien*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 4714 (C.S.).

16. *A.(L.) c. B.(F.)*, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 6460 (C.S.) ; REJB 2000-20605 (C.S.).

17. *Loi concernant l'adoption*, S.Q. 1924, c. 75, art. 13.

18. *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 38.

L'enfant né hors mariage, retrouvant les mêmes droits que l'enfant né en mariage, peut donc hériter *ab intestat* et sa présence fait obstacle à la successibilité des ascendants et des collatéraux. C'est sans doute un changement d'importance survenu en droit successoral québécois. Bien plus, dans le cadre de la reconnaissance de l'union civile, le législateur reconnaît un nouveau mode de filiation : la filiation par procréation assistée : elle peut être par procréation privée assistée ou par voie médicalement assistée¹⁹.

A. Sens du terme « enfant »

Quant au sens du terme « enfant » et de son impact dans l'interprétation d'un testament, il doit être également tenu compte de deux autres règles qui ont une portée significative (1) l'abrogation de l'article 980 C.c.B.C voulant que le terme « enfants » comprenne « petits-enfants » et (2) la reconnaissance de la représentation dans le domaine testamentaire eu égard au legs universel et au legs à titre universel tout comme celle qui prévaut dans les successions dévolues *ab intestat*. Rappelons que sous le *Code civil du Bas Canada*, la représentation n'était pas reconnue en matière testamentaire, sauf intention expresse du testateur en ce sens et sauf intention présumée en ce sens, notamment par le jeu de l'article 980 C.c.B.C et du terme « enfants » employé sans être qualifié dans un legs universel ou à titre universel.

Rappelons également que la représentation n'était pas admise en matière testamentaire sous le *Code civil du Bas Canada* aux termes de l'article 829 C.c.B.C. La représentation, aux termes de l'article 937 C.c.B.C., n'avait pas lieu dans les substitutions ni dans les autres legs, sauf si ce dernier s'en remettait aux successions légitimes ou s'il manifestait une intention contraire. Il n'en demeurait pas moins que ces termes « enfants » ou « petits-enfants », sans autre qualification, faisaient revivre les règles de la représentation en matière testamentaire aux termes des articles 980 et 937 C.c.B.C.²⁰.

-
19. Art. 541 C.c.Q. ; art. 539.1 et art. 578.1 C.c.Q. ; art. 522 C.c.Q. Voir également Benoit MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75 et s. ; Marie-France BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée », (2003) 105 R. du N. 901.
20. Art. 980 et 937 C.c.B.C. ; voir *Bernard c. Amyot-Forget*, [1953] 1 R.C.S. 82 ; *Black (Succession de)*, J.E. 95-1582 (C.A.).

Le terme « enfants » ne devait pas être limité²¹. Il y avait également représentation en l'absence de qualification du terme « enfants » et certaines expressions « enfants de mon mariage », « enfants nés et à naître » et « enfants légitimes »²² n'avaient pas pour effet de qualifier ce terme « enfants » ni d'en restreindre la portée présumée. En revanche, certaines expressions excluaient la représentation car elles avaient comme conséquence de qualifier le terme « enfants », telle la qualification « enfants au premier degré » ou la désignation par le nom de chacun des enfants²³.

Le testateur peut donc faire un legs à ses enfants ou à ses petits-enfants sans pour autant le qualifier davantage. Ce legs sera interprété d'après l'intention exprimée par le testateur.

Des modifications majeures sont survenues depuis le 1^{er} janvier 1994. Le *Code civil du Québec* adopte le principe de la reconnaissance de la représentation en matière successorale et testamentaire, une règle tout à l'opposé du *Code civil du Bas Canada*. Soulignons d'emblée que la représentation dans un testament rédigé avant le 1^{er} janvier 1994 obéit aux règles en vigueur lors de sa confection²⁴. Précisons également que pour les testaments rédigés depuis le 1^{er} janvier 1994, le legs fait aux descendants ou aux collatéraux privilégiés ou ordinaires « spéciaux » du testateur donne lieu à la représentation aux termes de l'article 749 C.c.Q. Il est donc évident que le legs fait aux enfants, sans qualification, donne ouverture à la représentation. Il faut toutefois prendre garde au legs fait aux enfants nommés distinctement. La représentation aurait été écartée sous l'ancien Code ; elle ne l'est pas nécessairement sous le *Code civil du Québec*. La présence du conjoint n'est pas un obstacle à cet effet²⁵. La représentation en dévolution testamentaire se produit dans les mêmes circonstances et dans les mêmes conditions qu'en dévolution *ab intestat*. Ces conditions sont identifiées au nombre de cinq et se lisent ainsi :

21. *Ballantyne c. Royal Trust Co.*, [1976] C.A. 606.

22. *Therrien c. Therrien*, J.E. 82-171 (C.S.).

23. Voir Roger COMTOIS, « Le sens du terme « enfants » dans les dispositions à titre gratuit », (1964) 49 *Thémis* 37, 40 ; Daniel N. METTARLIN, « A simple legacy : ' to my children' », (1966) 12 *R.D. McGill* 243 et s. ; *David et al.*, [1963] C.S. 305 ; *Gosselin c. Gosselin*, [1993] R.L. 485 (C.A.) ; *Landry c. Landry-Décarie*, J.E. 91-760 (C.S.).

24. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec*, L.Q. 1992, c. 57, art. 41.

25. Jacques AUGER, « La représentation dans les successions testamentaires », (2000) 102 *R. du N.* 115, 131.

le légataire à qui est destiné le legs est un descendant, un collatéral privilégié ou un collatéral ordinaire « spécial »²⁶ ;

le legs bénéficie à tous les membres de l'un des ces groupes ;

le groupe aurait été appelé à succéder si le défunt était décédé ab intestat ;

le legs est universel ou à titre universel ;

la représentation n'a pas été exclue par le testateur.²⁷

Ces règles peuvent nous guider dans l'application de la représentation ou de l'accroissement dans un legs universel ou à titre universel. S'il y a représentation au profit des descendants ou des collatéraux privilégiés ou spéciaux d'un légataire prédécédé, la quote-part des colégataires n'est pas modifiée. S'il y a accroissement et non-représentation, la quote-part des colégataires s'en trouve bonifiée d'autant. Prenons à titre d'exemple un testateur qui lègue tous ses biens à ses enfants Jean et Matthieu. Le prédécès d'un des légataires universels entraîne soit représentation au profit de ses descendants au sens de l'article 749 C.c.Q. soit accroissement en raison de la vocation solidaire des légataires universels à la totalité des biens. Dans une première hypothèse, le testateur n'avait que deux enfants, Jean et Matthieu, et Jean est prédécédé avec postérité. Il y aura alors représentation pour les enfants de Jean et Matthieu hérite de sa part. Il suffit de s'en remettre aux conditions fixées à l'article 749 C.c.Q. On pourrait modifier cette hypothèse et prétendre que Jean est décédé sans postérité. La représentation n'étant pas de ce fait possible, il y aura plutôt accroissement. Dans une seconde hypothèse, le testateur, tout en disposant de l'ensemble de ses biens au profit de Jean et Matthieu, a complètement ignoré un troisième enfant, Alexandre. Que Jean prédécède avec ou sans postérité, il n'y aura pas de représentation mais bien accroissement au profit de Matthieu. En un mot, il y aura représentation si le legs est

26. Le collatéral privilégié est le frère ou la sœur du défunt et le collatéral ordinaire spécial réfère aux descendants des frères et sœurs autres que les neveux et nièces au premier degré. Le collatéral ordinaire spécial réfère donc aux arrière-neveux et arrière-nièces, visés dans le troisième ordre de succession et étant de rang plus éloigné que les neveux et les nièces au premier degré mentionnés dans le deuxième ordre.

27. Jacques BEAULNE, « Les successions », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, vol. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 241 et 321. Ces cinq conditions sont empruntées *verbatim* à ce texte.

fait aux enfants qu'avait le testateur, qu'ils aient tous été appelés à hériter en étant désigné individuellement ou collectivement. Il y aura accroissement si le legs est fait à des enfants du testateur sans avoir désigné tous ses enfants, individuellement ou collectivement comme légataires.

B. Legs aux « enfants », mais quels enfants ?

Qu'en est-il alors d'un legs ainsi rédigé :

Je lègue tous mes biens meubles et immeubles que je laisserai à mon décès et qui composeront ma succession, y compris tout bénéfice résultant de polices d'assurances émises sur ma vie en parts égales à mes enfants.

Deux hypothèses peuvent être envisagées. La première hypothèse veut que tous les enfants au premier degré du testateur vivent encore au moment du décès du testateur. En ce cas, ces enfants seront tous appelés par tête et non par souche et seuls, bien sûr, hériteront les enfants au premier degré. La seconde hypothèse analyse le prédécès de l'un ou plusieurs des enfants du testateur laissant pour certains postérité. C'est vraiment l'article 746 C.c.Q. qui s'applique. La représentation s'applique au profit de la postérité des enfants au premier degré prédécédés. Les petits-enfants seront alors appelés par souche, par le jeu de la représentation. Quant aux enfants au premier degré prédécédés sans postérité, leur part accroîtra à leurs colégataires, appelés soit par souche soit par tête selon les circonstances²⁸.

La représentation peut toutefois être écartée par volonté législative ou testamentaire. Le législateur écarte expressément la représentation dans le cas de legs à titre particulier²⁹. Il fait de même dans le domaine de la substitution³⁰. Le législateur préfère l'accroissement selon le cas au bénéfice des cogrevés ou des coappelés et même il avantage le grevé en cas de caducité de la substitution à l'égard de l'appelé³¹. Il ne s'est pas exprimé en ce qui concerne la fiducie mais tout porte à croire que cette situation ne différerait pas

28. *Landry c. Landry-Décarie*, J.E. 91-760 (C.S.). Cette décision n'est citée qu'à titre illustratif de la première hypothèse. Aucun des enfants n'étant prédécédé dans l'affaire sous étude, la solution limitant les héritiers au premier degré sans représentation est tout aussi valable pour le nouveau droit que pour l'ancien droit.

29. Art. 749 C.c.Q.

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

31. Art. 1252 C.c.Q.

de la substitution³². Il laisse le soin de manière subsidiaire au testateur d'écarter à son gré la représentation en tout ou en partie ; la liberté de tester, toujours aussi fondamentale en notre système, n'y fait pas obstacle.

Dans certaines décisions jurisprudentielles, nous rencontrons parfois l'expression « mes enfants actuellement vivants » non autrement qualifiée. Cette expression serait-elle suffisante pour exclure la représentation. Nous le croyons. Dans l'affaire *Quesnel c. Quesnel*, le tribunal est saisi de l'interprétation de la stipulation suivante :

[...] je veux que mes enfants issus de mon mariage actuel et que je laisserai vivants lors de mon décès se les partagent entre eux par parts égales suivant le mode ordinaire des successions [...]³³

Le tribunal rejette toute représentation au profit des trois petits-enfants, nés d'enfants prédécédés du testateur. Le tribunal voit dans l'expression « issus de mon mariage actuel » l'exclusion de la représentation et il aurait pu tout aussi bien ajouter qu'il en est ainsi en raison de l'expression « actuellement vivants ». Cette interprétation devrait également prévaloir sous le nouveau *Code civil du Québec*.

Quel sens le terme « enfant » peut-il avoir dans un testament ? Ce terme peut être employé de façon tout à fait générale. Il désigne tout enfant, sans égard à la condition de sa filiation, par le sang, par l'adoption ou procréé par voie assistée. Il doit être interprété à la lumière du droit nouveau et comprend tous les enfants de sang dont la filiation est reconnue. Il désigne tout enfant légitime, incestueux, adultérin et naturel pour emprunter une terminologie d'avant le 2 avril 1981. Il devra inclure également les enfants procréés par voie assistée.

32. Jacques AUGER, « La représentation dans les successions testamentaires », (2000) 102 *R. du N.* 115, 134 ; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 281, p. 166.

33. J.E. 80-596 (C.S.). Deux décisions mentionnent cette expression « enfants actuellement vivants au moment de mon décès » mais dans l'une des causes, la représentation avait été expressément exclue (*Quirion c. Héritiers de feu Armand Éthier*, J.E. 84-973 (C.S.)) et dans l'autre (*Vincent c. Claude*, [1951] C.S. 152), elle avait été expressément énoncée au testament. Dans une troisième cause, les termes « surviving children » sont employés ; ils permettent au tribunal d'exclure la représentation au profit des petits-enfants, pour les enfants qui ont prédécédé le testateur. (*Meinkle c. Brown*, [1958] C.S. 293).

Le testateur peut-il limiter les descendants successibles aux seuls descendants légitimes et ainsi exclure de la succession les enfants nés hors mariage ou les enfants nés d'une autre union, de fait ou non reconnus légalement ? Il le pourrait, en raison du principe de la liberté de tester. Il n'y aurait pas de discrimination fondée sur l'état civil³⁴. Soulignons que le terme « postérité » peut être synonyme de « descendants »³⁵. Rappelons que l'expression « enfants nés en légitime mariage » a déjà été interprétée comme comprenant les enfants adoptés mais comme excluant les enfants adultérins et incestueux. À titre illustratif, l'affaire *Trust Général du Canada c. Caron* étudie un testament notarié rédigé en 1928 : le legs fiduciaire prévoit les revenus aux enfants et le partage des biens entre les petits-enfants. Trois des petits-enfants sont adoptés³⁶. C'est en 1992 que survient le décès du dernier enfant du testateur et alors la question est soulevée sur la possibilité pour les petits-enfants adoptés de prendre part au partage des biens de la succession. C'est l'intention du testateur qui doit prévaloir : ce dernier souhaitait tout probablement exclure les enfants nés hors mariage. L'évolution législative favorise le statut de l'enfant adopté et l'assimile, à tout le moins dès 1969, à tous égards à celui d'un enfant légitime. Dans la réforme de la famille réalisée en 1980 et réaffirmée en 1994, les droits de l'enfant adopté sont assimilés à ceux d'un enfant par le

34. G. BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, Coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, n° 355, p. 252.

35. *Meunier c. Scott*, [1971] C.S. 460, 463.

36. [1993] A.Q. (Quicklaw) n° 707 (C.S.) ; J.E. 93-921 (C.S.), p. 5-6. Voici la clause sous étude :

« Je veux et j'ordonne que mes légataires fiduciaires disposent du résidu de mes biens, en capital et intérêts, comme suit :

A. - Ils devront distribuer les revenus nets de tous mes biens, déduction faite, bien entendu, de tous les frais et dépenses d'administration, de quelque nature qu'ils soient, et déduction des rentes créées ci-dessus entre mes enfants, au premier degré, ci-après nommés, savoir : Alexandre Dionne, - Anna Dionne, épouse de Thomas Vien, - Antoinette Dionne, épouse de Philippe Ledoux, - et Paul Dionne, par tête, leur vie durant, et après le décès d'aucun d'eux, à ses enfants nés en légitime mariage, par souche, et ce, jusqu'au décès du dernier survivant des quatre enfants.

B. - Après le décès du dernier survivant de mes enfants, au premier degré, savoir : Alexandre Dionne, - Anna Dionne, épouse de Thomas Vien, - Antoinette Dionne, épouse de Philippe Ledoux, - Berthe Dionne, épouse de Raoul Duquette, et Paul Dionne, mes légataires fiduciaires ou leurs successeurs en office, devront partager le capital de mes biens composant alors la masse de ma succession, ainsi que tous les intérêts et fruits accumulés et accrus, par tête, entre tous les enfants nés en légitime mariage de mes cinq enfants prénommés, et au cas où aucun des enfants nés en légitime mariage de mes dits cinq enfants, au premier degré, serait décédé, laissant des descendants nés en légitime mariage, il y aura représentation en faveur de ces derniers, par souche. »

sang³⁷. La capacité pour recevoir un legs s'apprécie à la date de l'ouverture du droit et en l'occurrence dans le cas sous étude en 1992. Les petits-enfants adoptés peuvent bénéficier du legs fiduciaire et réclamer leurs parts dans le partage des biens. L'expression « descendants nés en légitime mariage » comprend les descendants adoptés, s'il en est³⁸ ; l'enfant adopté est ainsi assimilé à l'enfant né en légitime mariage.

Quel sens faut-il accorder aux descendants du testateur ? En principe, les descendants signifient la postérité et la représentation s'applique, sauf intention contraire du testateur. Et si le legs est fait, dans le cadre d'une fiducie, aux descendants de la famille portant le nom patronymique du testateur, a-t-il de ce fait voulu exclure les descendants de sexe féminin, qui, pour raison du mariage, ne porteront plus ce nom ? L'intention du testateur doit primer et prenant appui dans la loi, le tribunal considère que les descendants des filles du testateur, même s'ils ne portent plus le nom patronymique du testateur, peuvent invoquer des droits dans la fiducie. C'est donc une interprétation dynamique à la lumière des textes nouveaux de la loi³⁹.

37. Art. 627 et 628 C.c.Q. (1980) ; art. 577 et 578 C.c.Q.

38. *Trust Général du Canada c. Dionne-Caron*, [1993] A.Q. (Quicklaw) n° 707 (C.S.) ; J.E. 93-921 (C.S.) ; voir au même effet *Clermont c. Clermont*, [1984] C.S. 304 ; *Béique c. Clément*, [1990] R.J.Q. 1327 (C.S.) ; *Trihey c. Graham*, [1969] B.R. 850 ; *Carruthers (In the matter of the estate of the late James) et Montréal Trust Co. et Carruthers*, J.E. 80-1032 (C.S.).

39. *Fleury c. Succession Fleury*, [1999] A.Q. (Quicklaw) n° 103 (C.S.) ; J.E. 99-419 (C.S.) :

« Article 5 Par les présentes, je crée la fondation perpétuelle au sens du mot anglais «Foundation,» et à cette fin, je transporte en fiducie au Trust Général du Canada, la propriété de tous les biens meubles et immeubles sans exception ni réserve que je délaisserai lors de mon décès y compris mes assurances-vie, fonds de pension et tous autres biens quelconques, instituant ledit Trust Général du Canada le «fiduciaire,» de mes biens, avec les plus amples pouvoirs de disposition et d'administration aux fins indiquées ci-après, savoir :

Article 6 Je désire que cette fondation perpétuelle porte le nom de « Fondation Sam & Félicité Fleury ».

Article 7 ... Mon fiduciaire devra employer tous les biens à lui légués pour subvenir aux frais d'instruction, dans une maison d'enseignement reconnue des bénéficiaires ci-après désignés, selon l'ordre ou priorité ci-après établi :

a) Premier ordre ou priorité : Tous descendants directs de la famille de Jean-Baptiste Fleury - Ozarine Jones portant le nom de Fleury.

b) Deuxième ordre ou priorité : Tous descendants directs de la famille de J. Napoléon Fleury et Nora Pagé portant le nom de Fleury, domicilié 54 rue St-Cyrille-Est à Québec ; ce dernier a maintenant deux fils, RAYMOND FLEURY, Capitaine

(à suivre...)

Que penser d'un legs qui prévoit la pleine propriété aux enfants à naître en légitime mariage de mes enfants, c'est-à-dire à mes petits-enfants ? C'est une question qui a semé la controverse sous l'empire de l'ancien Code et qui pourrait être tout aussi bien discutée sous le nouveau Code, les dispositions applicables étant modifiées dans leur portée. La Cour d'appel, sur jugement dissident, y voyait essentiellement une limitation de générations quant aux successibles et elle écartait alors les arrière-petits-enfants. Le testateur n'est pas censé s'exprimer inutilement, ce qui exclut la représentation plus éloignée au profit des arrière-petits-enfants⁴⁰. La Cour suprême du Canada, sur division, n'y voit pas une expression qui restreint le sens des enfants appelés comme héritiers ; elle permet, faute d'exclusion expresse, la représentation au profit des arrière-petits-enfants⁴¹. Sous le nouveau Code, une telle phraséologie serait tout autant discutable pour d'autres motifs. Le terme « enfants » serait suffisant pour donner lieu à la représentation d'autant plus que la représentation est admise à l'article 749 C.c.Q. dans les successions testamentaires ; la représentation est toutefois expressément exclue, sauf volonté contraire, dans les substitutions en conformité de l'article 1252 C.c.Q. En outre, il est déconseillé, pour découvrir le sens de l'expression « enfants » ou « petits-enfants », d'y substituer le terme « descendants ». Le testateur a peut-être souhaité, comme dans l'affaire *Charrette c. Lapierre*, avantager d'abord seulement les enfants au premier degré puis les petits-enfants. M. le juge Marchand précise avec raison que les termes « enfants ou petits-enfants » ne signifient pas nécessairement « descendants » et qu'il ne peut cautionner la légalité de substituer systématiquement le terme « descendants » aux expressions « enfants » ou « petits-enfants »⁴².

Que penser d'un legs fait en faveur de l'épouse et au décès de cette dernière sans enfant né de leur union les biens feront retour

(...suite)

dans l'Armée Canadienne et CLAUDE FLEURY, Major dans l'Armée Canadienne, et leurs descendants portant le nom de Fleury.

c) Troisième Ordre ou priorité : Tous descendants directs de la famille Samuel Fleury, Orélie Lortie, cultivateur de la Paroisse de Beauport, portant le nom de Fleury.

d) Quatrième Ordre ou priorité : L'éducation des enfants pauvres, doués et désireux de s'instruire, de la Paroisse Notre-Dame de l'Espérance à Québec. »

40. *Bernard c. Amyot-Forget*, [1952] B.R. 89.

41. *Bernard c. Amyot-Forget*, précité, note 20.

42. *Charrette c. Lapierre*, [1953] B.R. 687, 698-699.

aux frères et sœurs du testateur ? La présence d'un enfant adopté peut-elle faire obstacle au legs en pleine propriété au conjoint conditionnel à l'absence d'enfant né en mariage ? Dans l'affaire *Droit de la famille - 2263*, le couple a adopté un enfant et l'épouse, représentée par sa curatrice, en l'occurrence la fille adoptive, souhaite hériter sans réserve⁴³. Le testament est rédigé en 1941. L'adoption est prononcée en 1956. Le père adoptif décède en 1961. Certaines difficultés sont soulevées lors de la disposition de biens en 1996. Diverses réformes de la législation sur l'adoption se sont toujours inspirées du principe voulant que l'enfant adopté soit considéré à tous égards comme l'enfant « légitime » du couple. Dans les faits la filiation adoptive équivaut à la filiation légitime d'alors et la veuve pourra hériter sans condition de ce legs.

Que penser d'un legs fait « en parts égales à toute la famille » ? Cette expression permet-elle d'invoquer la représentation au profit des enfants d'un frère prédécédé ? Cette expression peut refléter sous le *Code civil du Québec* un désir que soit appliquée la représentation en conformité avec l'article 749 C.c.Q., faute d'expression contraire. Une précaution s'impose : le comportement de la testatrice peut laisser croire que la famille a un sens plus étroit. La testatrice décède sans enfant et lui survivent sa mère, des frères et sœurs sauf un frère prédécédé laissant des enfants. Elle limite sans doute sa famille au sens ordinaire et populaire. La représentation est écartée d'autant plus que le testament est rédigé sous l'ancien droit et que la représentation était exclue dans une succession testamentaire, sauf exceptions⁴⁴.

Le legs fait aux neveux et nièces se limite-t-il aux neveux et nièces appelés dans la succession *ab intestat* ? Dans la succession *ab*

43. *Droit de la famille-2263*, J.E. 97-657 (C.S.) :

« Ce legs universel en faveur de mon épouse [...] est fait aux conditions suivantes :

Advenant le cas où je décéderais sans enfant né et à naître de mon présent mariage, tous les biens qui resteront de ma succession, ainsi que la balance de ceux qui écherront à mon épouse, devront retourner à mes frères et sœurs, et ce au décès de mon épouse [...]

Cette dernière aura la faculté de léguer les biens ci-dessus désignés de la manière qu'elle l'entendra, par testaments, ou donation entre vifs, c'est-à-dire qu'elle pourra donner ces dits biens par parts égales ou inégales, le tout à l'un ou l'autre de mes dits frères et sœurs, avec ou sans charges envers les autres. »

44. *Gagné c. Gagné*, [1995] R.L. 148 (C.S.). Le legs sous étude est rédigé ainsi :

« Voici que je t'ai choisi (sic) comme exécutrice testamentaire. Je laisse mes biens divisés en part égal (sic) à toute la famille.

J'espère de tout mon cœur que tous en feront d'un usage profitable. »

intestat, cette expression n'englobe que les neveux et nièces du défunt ; en d'autres termes, seuls les neveux et nièces par le sang ou par adoption sont successibles. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi en matière testamentaire ? Semblable legs devrait donc se limiter aux neveux et nièces du défunt et exclure évidemment les neveux et nièces du conjoint. Nous croyons évidemment qu'il en est ainsi. Tout aussi surprenant qu'angoissant, cette expression peut englober d'après le tribunal autant les neveux et nièces du défunt mais aussi ceux et celles de son conjoint. Au dire du tribunal, il faut privilégier le sens large et répandu de cette expression⁴⁵. Dans une affaire survenue en France, le testateur lègue ses biens à ses neveux et nièce (au singulier) : il avait une nièce par le sang et plusieurs nièces par alliance. Le legs s'étend-il également aux nièces par alliance ? Il en a été décidé ainsi en se fondant sur les affections présumées du testateur⁴⁶.

C. Le legs fait aux « héritiers légaux »

Que penser enfin d'un legs fait « aux héritiers légaux » ? Si les dispositions testamentaires ont été rédigées depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, évidemment la succession sera réglée d'après le nouveau droit et reçoivent application les règles de la représentation. Si les dispositions testamentaires ont été rédigées avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, il y a difficulté évidente. Faut-il s'en remettre aux règles de l'ancien droit – le testateur ne s'en est-il pas remis aux règles supplétives du droit d'alors pour la transmission de ses biens – ? Faut-il s'en remettre aux règles du nouveau droit – le testateur n'aurait-il pas accepté d'emblée une interprétation dynamique de l'expression employée ? La difficulté pourrait évidemment se poser en présence d'un testateur qui laisse à la fois son épouse, ses parents et ses frères et sœurs. Si l'on s'en remet à l'ancien droit, ils prendraient tous part à l'héritage. Si l'on s'en remet au nouveau droit, sont écartés de la succession les frères et sœurs du défunt et la quote-part de l'épouse est établie aux deux tiers de la succession.

Nous croyons que l'intention présumée du testateur est de s'en remettre aux règles de la dévolution des biens au moment de son décès en conformité de l'article 37 du droit transitoire, sauf volonté contraire.

45. *Phénix (Succession de) c. Phénix*, J.E. 2000-2124 (C.S.).

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

Et se poserait également une autre question, tout aussi importante si, par hypothèse, le testateur laissait des enfants ou des collatéraux privilégiés ou même « spéciaux ». Quelles sont les règles de la représentation qui devraient s'appliquer, celles de l'ancien droit ou celles du droit nouveau ? La jurisprudence favorise la loi nouvelle : cette dernière est présumée répondre davantage aux affections présumées du testateur. Il serait donc tout à fait logique d'appliquer le droit nouveau globalement dans cette hypothèse non seulement quant à l'identité des héritiers mais également quant à la détermination de leurs parts respectives⁴⁷.

2. Certains termes populaires et la détermination des biens légués

Des difficultés d'interprétation proviennent parfois d'idiomes populaires ou encore d'expressions globales.

2.1 Reflet d'idiomes populaires : « argent ou mon argent », « au dernier vivant les biens », « reste de mes biens »

Les termes du testament peuvent également être le reflet d'idiomes populaires : « argent ou mon argent », « au dernier vivant les biens » ou même « balance de mon argent ».

Le testateur peut léguer son argent ou parfois même l'argent en banque. Les décisions jurisprudentielles ont analysé divers aspects de cette expression, pourtant simple mais plus complexe qu'elle ne le semble. Cette expression peut englober non seulement les comptes en banque mais également d'autres produits financiers. Les biens couverts par cette expression peuvent varier. Ainsi, le legs de mon argent peut s'entendre comme un legs universel de tous mes biens⁴⁸. Le legs comprenant « l'argent en banque » comprend les comptes en banque ordinaires mais également les certificats de dépôt et de placement et les obligations d'épargne du Canada qui peuvent être assimilés à de l'argent en banque⁴⁹. Le legs de « mon argent comptant » peut s'entendre d'après les circonstances du legs seulement des sommes déposées en banque ; il ne comprend pas les

47. Voir pour discussion de cette question : Jacques AUGER, « Le droit des successions et le droit transitoire », (1995) 1 *C.P. du N.* 57, n° 61.

48. *Perreault c. Perreault*, [1979] C.S. 670, commenté par Roger COMTOIS, « Testament – Interprétation – 'Argent' », (1979-80) 82 *R. du N.* 300.

49. *Turgeon c. Bédard*, [1987] R.J.Q. 2447 (C.S.), conf. par la Cour d'appel en 1989, n° 200-09-000298-874.

certificats de dépôt ou autres certificats ou obligations d'épargne qui ne peuvent se comparer à du numéraire qu'après avoir été convertis ou encaissés. Le tribunal attache une importance majeure à l'équité dans la répartition des biens du testateur⁵⁰. Ainsi, le legs de « tous les argents en dépôt en des comptes de banque ou de caisses populaires » peut se limiter seulement aux sommes en dépôt à l'institution financière et ne pas comprendre les dépôts à terme. Telle interprétation peut être fondée par une recherche d'équité ou encore pour donner un sens à un legs résiduaire. Par souci d'équité, l'épouse et les enfants reçoivent de ce fait une quote-part équivalente de la succession⁵¹. Et dans une autre affaire, le legs en fiducie des revenus des biens à l'épouse et de la remise de capital aux enfants n'a de sens que si les dépôts à terme sont inclus dans ce legs en fiducie et alors exclus du legs à titre particulier des sommes en dépôt dans un compte détenu auprès d'une institution financière⁵². Ajoutons que le legs à titre particulier « de toutes sommes d'argent déposées en mon nom dans quelque banque à charte ou caisse populaire sous quelque forme de dépôts que ce soit » ne comprend pas le produit d'un fonds de retraite enregistré⁵³. Dans la même logique, le legs de fonds accumulés dans les régimes enregistrés d'épargne retraite auprès d'institutions financières ne s'étend pas évidemment aux comptes non enregistrés que peut y détenir le testateur. Et fait significatif, le testateur avait pris soin de mentionner dans le legs à titre particulier de ces régimes enregistrés qu'ils étaient expressément stipulés ainsi pour permettre au légataire avantagé de se prévaloir des diverses dispositions des lois fiscales sur l'étalement d'impôt⁵⁴.

Le « legs de mon argent personnel » s'entend uniquement des valeurs monnayables par opération d'échange, tel l'argent dans le compte de banque ; les autres biens, non compris dans ce legs, font partie d'une succession *ab intestat*⁵⁵. Le legs des obligations au porteur placées dans un coffret de sûreté ne s'étend pas au legs de celles placées temporairement dans le congélateur. Le comportement du testateur incite le tribunal à soutenir cette interprétation : le testa-

50. *Leclerc c. Lafrance*, REJB 1999-12608 ; [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 1578 (C.S.) ; J.E. 99-1174 (C.S.) ; *Rouveau (Succession de)*, J.E. 98-854 (C.S.) ; *Richard c. Richard*, J.E. 79-141 (C.S.).

51. *Richard c. Richard*, J.E. 79-141 (C.S.).

52. *Dubé-Charlebois c. Charlebois*, J.E. 94-1928 (C.S.).

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

54. *Pelletier c. Allaire*, B.E. 2002BE-167 (C.Q.).

55. *Cormier c. Leblanc*, J.E. 98-854 (C.S.).

teur utilise le congélateur comme remise sécuritaire et y place divers documents dont des obligations au porteur⁵⁶. Le legs de toutes les créances hypothécaires, argent en banque et autres argents liquides s'étend aux obligations (épargne et autres) du Canada⁵⁷. Le legs résiduaire de « la balance de mes argents » s'entend de tous les biens du testateur sauf ceux qu'il a légués autrement par legs à titre particulier⁵⁸ ; il peut comprendre les valeurs mobilières et les immeubles que le testateur n'a pas autrement disposé. Ce peut être un legs résiduaire rédigé en des termes simples pour le testateur mais autrement complexes pour les bénéficiaires. Ainsi en est-il d'un testament olographe rédigé comme suit :

Mont-Carmel, le 2 août 1999

Chers enfants :

Dans mon testament, je donne à tous les 15 petits et arrière-enfants la somme de mille dollars.

Le reste va en partage s'il en reste et je suis encore vivante.

À tous bon courage de votre grand-mère,

Signé [...]

Numéro de compte de banque ajouté à la suite...

Deux difficultés d'interprétation sont soulevées : la première, l'identité des enfants visés et la seconde la signification de l'expression « *reste des biens* ». Au dire du tribunal, les enfants visés pour le reste des biens sont les enfants au premier degré, les enfants du testateur et le *reste des biens* comprend l'ensemble de ses biens, compte bancaire, dépôts bancaires, contenu du coffret de sûreté, et non pas simplement l'argent en banque⁵⁹. Et le testament notarié fait il y a plus de 30 ans au profit de son mari est de ce fait révoqué par ce testament olographe.

Qu'en est-il d'un testament olographe voulant que les biens du testateur soient remis à ses trois enfants, et que le terme « biens »

56. *Rocheport c. Rocheport*, J.E. 94-295 (C.S.), *contra* : *Cardinal c. Cardinal*, J.E. 82-987 (C.A.).

57. *Drouin-Dalpé c. Langlois*, [1979] 1 R.C.S. 621 ; *Sergeant c. Sergeant*, (1944) 82 C.S. 457, 460.

58. *Phénix (Succession de) c. Phénix*, précité, note 46.

59. *Dionne c. Dionne*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 700 (C.S.) ; B.E. 2001BE-322 (C.S.). Voir également *Bériault c. Héritiers de feu Philius Bériault*, J.E. 83-402 (C.S.).

soit précisé comme comprenant « matériels ou argent » ? Il appert dans les faits que le testateur voulait avantager ses trois enfants en bas âge. Il appert également que le testateur n'a fait mention que de certaines assurances personnelles. Est-il possible d'y inclure également le régime de retraite détenu auprès de l'employeur ? Rien ne fait obstacle à une telle interprétation et tout autre document subséquent qu'a pu signer le testateur ne visait qu'à expliciter ses intentions d'avantager exclusivement ses enfants. Dans les faits, ces termes expriment un legs universel de tous les biens du testateur, y compris le régime de retraite auprès de son employeur⁶⁰.

Dans l'affaire *Lefebvre c. Meunier*⁶¹, le testament comporte deux legs, le premier étant un legs universel de tous les biens, meubles ou immeubles, y compris les produits d'assurance sur la vie et le second étant un legs à titre particulier des bijoux et de l'ameublement de maison. Rien de complexe sauf que la testatrice dissimulait le numéraire dans la planche à repasser et dans une boîte de chaussures. Le numéraire appartient-il au fils du liquidateur, légataire à titre particulier de l'ameublement de maison ou au fils de la testatrice, légataire universel résiduaire des biens de la succession ? Il nous semble, et le tribunal s'exprime en ce sens, que l'argent dissimulé dans les meubles de la maison revient au légataire universel et non au légataire à titre particulier. Le tribunal invoque comme motif que les diverses expressions « biens meubles », « effets mobiliers » et « meubles meublants » doivent recevoir dans un contexte testamentaire un sens restrictif et, fait non négligeable dans le cas sous étude, il était plus logique que les biens reviennent au fils de la testatrice qu'à celui du liquidateur. À l'opposé, dans l'affaire *Plouffe c. Plouffe*, le tribunal considère que des sommes d'argent déposées auprès d'une institution financière reviennent au légataire à titre particulier des meubles meublants, bibelots et autres objets mobiliers et non au légataire universel résiduaire. En ce cas, frère et sœur héritaient, le premier en tant que légataire à titre particulier et la seconde en tant que légataire résiduaire. Tous les deux maintenaient d'excellentes relations avec leur père sauf que le père résidait avec son fils célibataire et que les deux formaient, comme le reprend le tribunal « un vieux couple »⁶². Sous le couvert d'un résultat tout à l'opposé, le tribunal dans ces deux affaires voit dans les affections apparentes le motif ou le fondement de son interprétation.

60. *Allaire (Succession d')*, J.E. 2003-507 (C.S.).

61. *Lefebvre c. Meunier*, J.E. 2002-1122 (C.Q.).

62. *Plouffe c. Plouffe*, B.E. 2002BE-647 (C.Q.).

Qu'en est-il alors d'un testament voulant, dans un premier alinéa, que « tous les biens soient vendus et l'argent séparé entre les frères et sœurs du testateur » et dans un second alinéa que « les chèques, impôts et autres sommes dont il aurait droit à son décès » soient attribués à son fils ? La difficulté provenait de l'existence de deux polices d'assurances sur la vie payables à la succession. Au dire du tribunal, le testateur dispose de biens présents dans le premier alinéa et de biens à venir dans le second alinéa sans que ces stipulations ne prévoient le legs des assurances payables à la succession. Aussi, le tribunal les considère payables à la succession *ab intestat*⁶³.

Certains testaments peuvent s'en rapporter sans mention additionnelle « au dernier vivant les biens ». Un testament olographe est rédigé en ces termes :

Ceci est mon testament

Au dernier vivant mes biens

Montréal, le juin 1975

(Signé).

Ce testament dispose des biens au profit du conjoint survivant comme légataire universel. Au dire de Julien Mackay,

Nous avons établi plus haut que l'expression « au dernier vivant les biens » est une expression populaire qui ne peut être que la conséquence du fait que les époux ont fait simultanément un testament en faveur l'un de l'autre, ou bien que leur contrat de mariage contient une clause de donation réciproque à cause de mort.⁶⁴

2.2 D'autres situations ambivalentes

D'autres situations peuvent être tout aussi ambivalentes. L'intention du testateur demeure toujours la règle mais d'autres règles, également bien établies dans le droit civil, peuvent suppléer aux imprécisions et aux ambiguïtés testamentaires.

Ce peut être la règle de l'accroissement en ce qui concerne le legs à titre particulier d'un bien fait conjointement à plusieurs légat-

63. *Renaud (Succession de)*, B.E. 97BE-863 (C.S.).

64. J.S. MACKAY, « Le sens de l'expression « au dernier vivant les biens » », (1993-1994) 96 R. du N. 91, 95.

taires si survient la caducité du legs pour cause de prédécès d'un des légataires à titre particulier⁶⁵. Ce peut être la règle de la reconnaissance de l'accroissement à l'égard du legs d'un même bien à plusieurs légataires sans détermination de parts ou la règle inversée du refus de l'accroissement à l'égard du legs d'un même bien à plusieurs légataires avec l'attribution de parts inégales⁶⁶. Ce peut être le legs d'un immeuble qui comprend l'accessoire ou l'annexe acquis depuis la confection du testament si ces acquisitions font un tout avec l'immeuble légué⁶⁷. Ce peut être le legs d'une entreprise présumé inclure les exploitations acquises ou créées depuis la confection du testament et qui composent, au décès, une unité économique avec l'entreprise léguée⁶⁸. Ce peut être la règle voulant que le legs fait au créancier n'est pas présumé fait en compensation de sa créance⁶⁹. Ce peut être la règle voulant que soit nul le legs de la chose d'autrui, sauf intention du testateur de créer une charge d'acquérir ce bien.

3. La confusion des régimes d'administration des biens

La confusion des régimes d'administration des biens peut poser des difficultés indiscutables. Ainsi, en est-il de l'emploi des termes « exécuteur » ou « liquidateur », « tuteur », « en fidéicommiss ».

Convenons que la désignation d'un exécuteur testamentaire ou d'un liquidateur ne fait pas de celui-ci un légataire. Ajoutons également que le fait de désigner, sans l'identifier autrement que par sa fonction, l'exécuteur testamentaire ou le liquidateur comme bénéficiaire d'une police d'assurance sur la vie ne change pas le fait que cette police est dans les faits payable à la succession, à ses héritiers *ab intestat* ou à ses légataires universels ou à titre universel⁷⁰. Il peut en être autrement d'après les circonstances et d'après les sentiments d'affection. Quelques exemples jurisprudentiels peuvent illustrer ces difficultés. Dans l'affaire *Alleyne c. Lang*, le testateur se contente de référer à son exécuteur testamentaire pour disposer de ses biens. Quel sens faut-il accorder à un testament qui ne prévoit comme seul legs ce qui suit :

65. Art. 755 C.c.Q.

66. Art. 756 C.c.Q.

67. Art. 745 C.c.Q.

68. Art. 746 C.c.Q.

69. Art. 748 C.c.Q.

70. Art. 2456 C.c.Q. ; *Lalande c. Chaput*, [1964] C.S. 446.

Here insert all bequests and instructions. Lastly, I make constitute and appoint Daphne Katherine Alleyne to be the Executrix, of this my last will and testament.

Le testateur s'inspire d'un formulaire pour rédiger son testament et n'a probablement pas saisi le sens des diverses expressions ; le tribunal affirme qu'« il faut présumer qu'il voulait disposer de tous ses biens »⁷¹. Or, madame Daphne Alleyne est la conjointe de fait du testateur et le contexte affectif la favorise comme légataire universelle et exécutrice : (1) la conjointe de fait est bénéficiaire des produits de police d'assurance sur la vie ainsi que des allocations probables de rente auprès de l'employeur ; (2) les procédures de divorce entre son ex-épouse et le défunt se sont déroulées sous le signe de profondes hostilités, et (3) les enfants du testateur nés d'un précédent mariage ne le fréquentent plus⁷².

Dans l'affaire *Caseault (Lemay) c. Parent-Leduc*⁷³, le testament olographe réfère à l'exécuteur testamentaire comme étant un exécuteur universel et comporte *in fine* une exclusion de l'épouse et des enfants du testateur comme héritiers probables. Le testateur désigne comme exécuteur universel une amie qui l'a soutenu dans sa maladie et laisse quelques biens à l'un de ses enfants. Est-il probable ou plausible que l'exécuteur soit en fait le légataire universel ? C'est la possibilité que retient le tribunal et certaines circonstances peuvent corroborer cette interprétation, notamment la consultation d'un testament antérieur et les relations plutôt tendues du testateur avec les membres de sa famille.

Dans l'affaire *Richard, succession (Re)*, le testament prévoit ce qui suit :

Lachine 8/2/83

Par cette information, moi Yvette Richard je désire exprimer mes dernières volontés.

En pleine connaissance de toutes mes facultés je demande à mes nièces, Fernande et Diane, de bien vouloir prendre la chose en main afin de disposer de ma dépouille mortelle à mon décès.

71. *Alleyne c. Lang*, J.E. 97-495 (C.S.).

72. *Ibid.*

73. *Caseault (Lemay) c. Parent-Leduc*, J.E. 84-59 (C.S.). Voir également en ce sens 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, Montchrestien, 1999, n^o 1016, p. 333.

[...]

Je demande à mes nièces Fernande et Diane de disposer comme bon leur semble de ce donc je possède.

[...]

Tante Yvette.

Ce testament est considéré comme accordant aux exécuteurs universels un legs en pleine propriété sur les biens de la succession⁷⁴. Dans l'affaire *Blais c. Baribeau*, l'administrateur des biens d'un enfant mineur jusqu'à sa majorité est considéré à la fois comme un exécuteur et un fiduciaire : il peut veiller aux soins de l'enfant mineur à même les fruits et les revenus de la somme administrée⁷⁵. Dans l'affaire *Shaw c. Senéchal*⁷⁶, le testateur désigne son frère comme tuteur des biens laissés à ses enfants mineurs. Dans les faits, le testateur est depuis peu divorcé et l'épouse divorcée a la garde des enfants. L'épouse divorcée est seule tutrice légale aux enfants mineurs depuis le décès de son ex-époux. Le testateur ne peut en ces circonstances nommer un tuteur à ses enfants mineurs dans le testament⁷⁷. Il faut donc donner un sens au testament. Le frère nommé tuteur aux biens ne serait-il pas plutôt un administrateur des biens de la succession, assimilé à un tuteur aux biens⁷⁸ ? Dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. G. (G.)*⁷⁹, le bénéficiaire du produit d'une assurance-vie est désigné comme agissant en fidéicommiss pour le compte d'un enfant mineur. Le tribunal se demande si ce bénéficiaire ainsi désigné est en fait un tuteur aux biens ou un fiduciaire. La question est en fait importante : tuteur aux biens, l'administrateur est soumis aux mesures de surveillance du Curateur public ; fiduciaire, il relève davantage des exigences de la fiducie et de l'administration des biens d'autrui sous le *Code civil du Québec*. L'assuré a en outre précisé dans son testament que l'assurance sur la vie est destinée à son enfant « à 21 ans et pour ses études ». Rappelons alors le texte de l'article 210 C.c.Q. voulant que les biens légués ou donnés à un mineur mais administrés par un tiers

74. *Richard, succession (Re)*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 3093 (C.S.) ; B.E. 99BE-1039 (C.S.), appel rejeté. Nous avons omis de reproduire, pour en simplifier la lecture, les erreurs d'orthographe que contenait la clause testamentaire sous litige.

75. *Blais c. Baribeau*, [1984] R.L. 123 (C.P.).

76. *Shaw c. Senéchal*, J.E. 98-958 (C.S.).

77. Art. 201 C.c.Q. ; voir aussi *Rémillard c. Blain*, J.E. 96-296 (C.S.).

78. Art. 210 C.c.Q.

79. *Québec (Curateur public) c. G. (G.)*, J.E. 98-9 (C.S.).

soient soustraits à l'administration du tuteur à la personne et aux biens. Au dire du tribunal,

La conjonction de ces deux prescriptions vient confirmer que le testateur créait une véritable fiducie. Le fait que le terme, l'objet et la bénéficiaire soient identiques tant à la police d'assurance-vie qu'au testament ne laisse aucun doute en l'esprit du tribunal qu'il y a là création d'une fiducie au sens de l'article 1260 C.c.Q.

[...]

Quant au type de fiducie existant en l'espèce, l'on doit se rappeler, selon 1266 C.c.Q., l'existence de fiducie constituée à des fins personnelles par opposition à des fins d'utilité privée ou sociale. Nous opinons sans aucun doute qu'en l'espèce étudiée, les critères de fiducie personnelle sont matériellement existants.⁸⁰

L'expression « agissant en fidéicommiss pour le compte de » peut selon le contexte désigner un fiduciaire et non pas un tuteur aux biens⁸¹.

Ces diverses situations démontrent que le testament peut être rédigé sans qu'il soit fait appel à des *formules sacramentelles*. Les tribunaux recherchent l'intention du testateur que peuvent dissimuler des expressions erronées⁸².

4. L'interprétation compatible avec les diverses modalités et démembrements de la propriété constitués à titre gratuit

Le testateur peut s'en rapporter à diverses institutions pour disposer de ses biens ; il peut préférer au legs définitif en pleine propriété d'autres possibilités susceptibles de favoriser la conservation de ses biens et l'enrichissement de générations subséquentes tels l'usufruit, la substitution et la fiducie. La jurisprudence est souvent appelée à définir l'étendue des droits des légataires soit dans le cadre de l'une ou l'autre de ces institutions. Voyons brièvement les caractéristiques de ces diverses institutions et quelques questions qui peuvent être soulevées.

80. *Québec (Curateur public) c. G. (G.)*, J.E. 98-9 (C.S.).

81. Voir dans le même sens en vertu de l'ancien droit : *Blais c. Baribeau*, [1984] R.L. 123 (C.P.).

82. Voir 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, Montchrestien, 1999, n° 1004, p. 325.

4.1 Le legs en usufruit

L'usufruit est le droit de jouir d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance⁸³. Le legs en usufruit constitue un démembrement de propriété : l'usufruitier a le droit de jouissance, le droit d'utiliser le bien et d'en recueillir les fruits, mais non celui de disposer de ce bien. L'usufruitier bénéficie du *jus utendi* et du *jus fruendi*, mais n'a pas le *jus abutendi*. Il n'a pas la plénitude du droit de propriété, qui ne se complétera que par la fin de l'usufruit en faveur du nu-propriétaire. L'usufruit comporte simultanément une double libéralité, prenant effet au même moment, soit la jouissance pour l'usufruitier et la nue-propriété pour l'autre bénéficiaire. Il n'y a pas d'ordre successif. Il n'y a pas de trait de temps entre le droit de chacun des légataires en usufruit et en nue-propriété. L'usufruit est un droit réel limité à la vie de son titulaire auquel il permet de se servir d'une chose appartenant à autrui et d'en prendre les fruits, sans en altérer la substance ni en modifier la destination.

La difficulté prévalait sous l'ancien droit de distinguer entre usufruit et substitution du fait d'une disposition interprétative (art. 928 C.c.B.C.) voulant que l'emploi du terme « usufruit » puisse tout de même masquer une substitution. Cette disposition interprétative n'est pas reprise dans le nouveau Code. Cela ne fait pas disparaître pour autant la nécessité de rechercher la véritable intention du testateur. Il ne faut pas s'attacher à la qualification que fait le testateur de son legs, mais bien au résultat obtenu en rapport avec les diverses institutions juridiques existantes⁸⁴. L'usufruit, contrairement à la substitution, suppose deux libéralités, l'une à l'usufruitier, l'autre au nu-propriétaire, qui prennent effet simultanément au décès du testateur. La substitution, contrairement à l'usufruit, comporte deux libéralités successives⁸⁵ : on pourrait ajouter comme le précise Monsieur le juge Fauteux « deux libéralités distinctes, successives et non simultanées »⁸⁶. Elle exige un trait de temps entre la jouissance des grevés et le droit des appelés aux biens de la substitution à l'ouverture de celle-ci. Comme l'indique le juge Fauteux dans l'affaire *Desrosiers c. Paradis*, « un bénéficiaire gratifié en premier ordre doit, à un terme donné, rendre, en partie ou en totalité, ce

83. Art. 1120 C.c.Q.

84. M. CANTIN-CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980, p. 36, n° 45.

85. A. LAVALLÉE, « Usufruit ou substitution », (1955-1956) 58 R. du N. 495, 500.

86. *Vaughan c. Glass*, [1963] R.C.S. 609, 614.

qu'il a reçu à un bénéficiaire gratifié en second ordre »⁸⁷. Ces libéralités sont distinctes et successives ; grevé et appelé ne sont pas avantageés concurremment⁸⁸. L'appelé reçoit la propriété des biens non pas du grevé mais du disposant⁸⁹. Comme la propriété ne peut demeurer en suspens, elle revient au grevé tant que la substitution n'est pas ouverte au profit de l'appelé⁹⁰.

Dans l'affaire *Jarry c. Cadieux*, le contrat de mariage contient la stipulation suivante :

De son côté, ledit futur époux fait donation et cession à ladite future épouse, ce acceptant, de la jouissance et usufruit de tous les biens qu'il pourra avoir et posséder au moment de son décès, pour retourner à l'extinction dudit usufruit qui aura lieu soit à la date du décès de la future épouse ou son convol en d'autres noces, à ses enfants vivants, par égales parts, sans qu'il y ait lieu à représentation.

Le donateur décède en 1940 et laisse son épouse et ses quatre enfants. La veuve décède en 1954, mais seuls deux enfants lui ont survécu. La détermination des droits conférés au contrat de mariage est d'une importance majeure. S'il s'agit d'un usufruit, les quatre enfants ou leurs successibles bénéficient de la nue-propriété dès l'instant du décès du donateur. S'il s'agit d'une substitution, seuls ont droit aux biens les deux enfants vivants au décès de leur mère. Peut-on y voir une substitution ou simplement un usufruit ? Les termes « retourner à l'extinction » posent problème. S'il est vrai que le terme « retourner » peut qualifier une substitution, il est également vrai d'affirmer que celui d'« extinction » dénote davantage un usufruit. Le tribunal affirme ce qui suit :

Pour le juge soussigné, il ne fait pas de doute que par la clause dont il s'agit présentement, le donateur avait l'intention manifeste qu'à son décès, son épouse bénéficiât exclusivement de l'usufruit de tous ses biens et qu'il entendait qu'au décès de son épouse, la jouissance et l'usufruit de ses biens retournassent à ses donataires qu'il constituait tels quant à la nue propriété à compter de son décès et quant à la jouissance seulement à compter du décès de son épouse : le décès de l'épouse ne constituait qu'un terme au droit pour les donataires de

87. *Desrosiers c. Paradis*, [1963] R.C.S. 52, 58.

88. *Cité de Montréal c. Aubertin*, [1956] B.R. 817, 822.

89. *Aubertin c. Cité de Montréal*, [1957] R.C.S. 64.

90. A. LAVALLÉE, « Usufruit ou substitution », (1955-1956) 58 *R. du N.* 495, 500. ; H. TURGEON, « Usufruit ou substitution », (1953-1954) 56 *R. du N.* 209 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 6, par C.H. LALONDE, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958, p. 48.

prendre l'entière propriété des biens dont ils n'auraient jusqu'à ce décès que la nue propriété.⁹¹

Ainsi, le donateur prévoit un usufruit et non une substitution ; les droits de nue-propriété sont acquis dès son décès à ses quatre enfants.

L'usufruitier peut-il se voir confier le droit de disposer des biens soumis à son usufruit sans dénaturer l'essence de ce démembrement de propriété. On peut sans hésitation répondre par l'affirmative. L'usufruitier peut se voir attribuer dans le testament le droit de puiser à même le capital des biens pour satisfaire à ses besoins ou même le droit de disposer des biens soumis à l'usufruit⁹². Cette possibilité n'est pas partagée par tous ; une certaine jurisprudence ne croit pas compatible ce pouvoir conféré à l'usufruitier avec les droits de la nue-propriété. C'est ce que prétend un arrêt récent prononcé en Cour supérieure du Québec :

D'autre part, ce qui caractérise l'usufruit c'est le démembrement du droit de propriété consistant à donner à l'un l'usage et les fruits tirés du bien et à l'autre la nue-propriété du même bien, c'est-à-dire le droit exclusif d'en disposer. L'usufruitier a l'obligation de conserver le bien. Si l'on confère à l'usufruitier le droit de disposer du bien comme il l'entend, on lui confère les seuls droits du nu-propiétaire. On dénature donc complètement l'usufruit. Il ne peut y avoir d'usufruit s'il n'y a pas deux détenteurs de droits différents sur une même chose. Dans le testament qui nous occupe, le testateur a conféré à la même personne [...] à la fois les droits de l'usufruitier et les droits du nu-propiétaire et ce jusqu'à sa mort. C'est donc dire qu'en pratique et malgré les termes utilisés, il n'y a pas d'usufruit dans ce testament.⁹³

Le décès de l'usufruitier met un terme à l'usufruit ; le nu-propiétaire bénéficiera de la plénitude du droit de propriété dont il en était privé pendant le démembrement. Dans une première hypothèse, le prédécès de l'usufruitier survient avant l'ouverture de la succession, ce qui entraîne la caducité du legs en usufruit et la situation profite, sauf intention contraire, au nu-propiétaire. L'usufruit peut profiter à plusieurs légataires. Le prédécès de l'un d'eux peut donner lieu à accroissement au profit de ses colégataires ou, dans le cas d'un legs universel ou à titre universel, soit à repré-

91. *Jarry c. Cadieux*, [1958] R.L. 376 (C.S.) ; *Gareau c. Desrosiers*, [1952] C.S. 420.

92. *Alcoa Power Co. c. Tremblay*, (1928) 44 B.R. 260 (C.S.) ; *Brault c. Charade*, J.E. 96-1691 (C.S.).

93. *Bélanger c. Chartrand*, J.E. 98-685 (C.S.).

sensation, soit à accroissement d'après les circonstances et l'intention du testateur. En serait-il ainsi, dans une deuxième hypothèse, si le décès de l'un des usufruitiers survient après le décès du testateur et non avant ? En ce cas, le caractère viager de l'usufruit fait obstacle à l'accroissement au profit de ses colégataires sauf intention contraire du testateur ; il n'y a pas lieu à accroissement car il n'est pas question de caducité du legs. Dans l'affaire *Céré c. Lambert*, la clause sous examen prévoit ce qui suit :

Je donne et lègue à mes enfants, Horace, Charlemagne, Léopold et Roméo Céré en usufruit, tous mes biens meubles et immeubles.

Je donne et lègue la nue-propiété de mes biens, à laquelle ils joindront la jouissance à l'expiration de l'usufruit de leur père respectif, à mes petits-enfants, par souche, les instituant à cette fin mes légataires universels en propriété.

Deux des légataires en usufruit décèdent depuis l'ouverture de la succession. Les deux autres légataires veulent bénéficier de l'accroissement du legs en usufruit. La Cour d'appel répond que l'accroissement ne peut pas survenir en ces circonstances. La quote-part de l'usufruit éteint par la mort de l'un des usufruitiers est consolidée au bénéfice des nus-propiétaires⁹⁴. C'est également cette interprétation que retient l'article 1166 du *Code civil du Québec* voulant que, « s'il est conjoint, l'extinction de l'usufruit à l'égard de l'un des usufruitiers profite au nu-propiétaire ».

Il importe donc de bien distinguer les modalités de propriété que peuvent constituer l'usufruit et la substitution de la règle successorale de l'accroissement. L'usufruit, démembrement de propriété, coexiste nécessairement avec la nue-propiété, droit de propriété dépouillé en partie des droits de jouissance. L'accroissement ne doit pas se produire au décès de l'un des usufruitiers : l'extinction de l'usufruit pour cette quote-part appartenant à l'usufruitier décédé profite au nu-propiétaire (art. 1166, al. 2 C.c.Q.). La substitution suppose que deux personnes soient appelées à hériter d'un même bien successivement. À la mort du premier héritier, le bien revient au second héritier par le jeu de la substitution. La substitution suppose cette charge de rendre des biens d'un héritier à un autre héritier, soit au décès du premier bénéficiaire soit à l'expiration d'un délai fixé par le constituant. L'accroissement survient en

94. *Céré c. Lambert*, [1973] C.A. 1060 ; *Varin-Almeida c. Blackburn-Moreault*, [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 381 (C.A.) ; *Salcito-Di Gennaro c. Scalcito*, [1996] R.D.I. 348 (C.S.).

cas de caducité d'un legs. L'accroissement suppose que deux personnes sont appelées à hériter d'un même bien dans une même disposition en même temps et qu'à l'ouverture de la succession, l'une ne pouvant se prévaloir de ce legs pour motifs de prédécès ou de renonciation, l'autre en profite par accroissement⁹⁵. Dans la substitution, il ne peut y avoir accroissement car chacun a reçu successivement sa part dès l'ouverture du droit d'hériter⁹⁶.

4.2 Le legs en substitution

La substitution est définie, d'après l'enseignement de Thévenot D'Essaule, comme étant « une disposition de l'homme, par laquelle, en gratifiant quelqu'un expressément ou tacitement, on le charge de rendre la chose à lui donnée, ou une autre chose, à un tiers que l'on gratifie en second ordre »⁹⁷.

La substitution peut être établie par donation ou testament ; elle est constatée par écrit et publiée au bureau de la publicité des droits. Toute substitution exige trois conditions essentielles : (1) deux libéralités, (2) la charge de rendre et (3) le trait de temps⁹⁸. Il n'y a pas de véritable substitution si l'une de ces conditions fait défaut. La substitution suppose deux libéralités, faites non pas en même temps (il y a alors usufruit) mais accomplies l'une après l'autre. L'ordre successif sous-tend cette transmission de biens l'un après l'autre. La substitution suppose deux libéralités, successives, marquées d'un trait de temps⁹⁹. Elle suppose un grevé avec charge de rendre à un appelé (art. 1219 C.c.Q.). Le grevé possède pour lui-même, à titre de propriétaire, mais à charge de rendre aux appelés¹⁰⁰. La propriété ne peut pas demeurer en suspens¹⁰¹. La pro-

95. *Société d'administration et de fiducie c. Bédard*, [1968] C.S. 107, 111.

96. *Décarie c. Légaré*, [1975] C.A. 805.

97. THÉVENOT D'ESSAULE DE SÉVIGNY annoté par M. MATTHIEU, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Montréal, A. Périard, 1889, n° 7, p. 4.

98. Voir sur la distinction entre usufruit et substitution *Bélanger c. Chartrand*, J.E. 98-685 (C.S.) ; voir pour une étude générale sur la substitution, O. ST-HILAIRE, « La substitution, une alternative intéressante à la fiducie testamentaire », (2002) 1 C.P. du N. 89 ; THÉVENOT D'ESSAULE DE SÉVIGNY annoté par M. MATTHIEU, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Montréal, A. Périard, 1889, nos 15 et s.

99. *Vaughan c. Glass*, [1963] R.C.S. 609, conf. [1962] B.R. 187.

100. *Cité de Montréal c. Aubertin*, [1956] B.R. 817, 822.

101. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901, p. 9 ; THÉVENOT D'ESSAULE DE SÉVIGNY annoté par M. MATTHIEU, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Montréal, A. Périard, 1889, n° 207, p. 73.

priété repose sur la tête du grevé tant que la substitution n'est pas ouverte au profit de l'appelé. La substitution est limitée à deux degrés outre l'institué (art. 1221 C.c.Q.). L'appelé reçoit à l'ouverture de la substitution les biens et par présomption légale, directement du disposant et non du grevé (art. 1243 C.c.Q.). Il les reçoit alors en pleine propriété sans aucune charge de rendre. La substitution suppose l'établissement « de propriétaires successifs »¹⁰².

Certaines expressions peuvent révéler la présence d'une substitution, telles « après » ou « fera retour »¹⁰³, « à sa mort », « après sa mort » ou « lorsque ce dernier mourra »¹⁰⁴. Certaines expressions n'empêchent pas une substitution d'exister : ainsi en serait-il pour le désir exprimé de diverses manières de la part du testateur de ne pas vouloir créer une substitution¹⁰⁵.

Le grevé peut disposer des biens à titre onéreux (art. 1229 C.c.Q.) soumis à une substitution sous réserve des droits de l'appelé ou sans préjudice éventuel aux droits de l'appelé (art. 1233 C.c.Q.). C'est le trait marquant de la réforme au titre des substitutions : le grevé peut en principe aliéner les biens à titre onéreux sans autorisation préalable, sauf évidemment disposition contraire dans l'acte constitutif¹⁰⁶. Il peut ainsi aliéner à titre onéreux ou louer les biens substitués. Il peut également les hypothéquer soit pour assurer leur entretien ou leur conservation ou pour faire un placement au nom de la substitution (art. 1229 C.c.Q.). Il ne peut disposer des biens de la substitution si cette dernière comporte explicitement une prohibition d'aliéner ; le grevé doit alors rendre les biens substitués intacts à la fin de la substitution.

La substitution peut être affectée de conditions. Le tribunal peut intervenir dans le cas de conditions impossibles comme dans l'affaire *Thoms c. Brossard*¹⁰⁷. La testatrice impose comme condition que sa propriété de campagne soit utilisée comme camp pour garçons et filles : elle précise de plus :

-
102. John E.C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 C.P. du N. 243, 256
 103. *Rzasa c. Musial*, [1975] C.S. 1097, *contra* : *Jarry c. Cadieux*, [1958] R.L. 376 (C.S.) ; *Gareau c. Desrosiers*, [1952] C.S. 420.
 104. *Paquette c. Paquette*, [1991] R.J.Q. 1598 (C.A.).
 105. *Décarie c. Légaré*, [1975] C.A. 805.
 106. John E.C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 C.P. du N. 243, 257.
 107. [1976] C.S. 1597.

Comme acte de charité je laisse à perpétuité pour un camp pour garçons et filles ma propriété du Lac Blanc [...] après le décès de B. Stuart Boyd en charge de Révérend Royden Thomas (ma propriété du Lac Blanc reste à Stuart Boyd sa vie et retournera à Rév. Royden Thoms.

Or, le Révérend Thoms a des ressources financières fort limitées et est gravement malade : il ne peut continuer l'opération de ce camp comme le souhaitait le testateur. Ajoutons aussi que la clause est plutôt silencieuse sur les caractéristiques de ce camp d'été et de ses bénéficiaires. Est donc mise en preuve l'impossibilité pour l'appelé, tant pour des raisons de santé que pour des motifs financiers, de continuer une saine gestion de cet établissement. Au dire du tribunal, la condition testamentaire est impossible à exécuter ; l'appelé peut recevoir les biens définitivement et sans restriction. Avec justesse, le tribunal reprend l'article 760 C.c.B.C. voulant que la condition impossible dans un testament est réputée non écrite mais le legs demeure valide¹⁰⁸.

4.3 *Le legs comportant fiducie*

Aux termes de l'article 1260 C.c.Q., la fiducie résulte de l'acte par lequel le constituant transfère dans la poursuite d'une fin particulière des biens de son patrimoine à un autre patrimoine sous le contrôle du fiduciaire. La fiducie comporte cinq caractéristiques majeures : le transfert des biens du patrimoine du constituant à celui de la fiducie, la détermination des biens précis affectés au patrimoine fiduciaire, l'acceptation par le fiduciaire, l'administration de ces biens dans la poursuite des fins déterminées à l'acte de fiducie¹⁰⁹, et l'absence de propriété de quiconque sur le patrimoine fiduciaire¹¹⁰.

En tant que fiducie stipulée dans un acte à titre gratuit, elle doit satisfaire aux exigences de validité quant à la forme et quant au fond des donations ou des testaments. Il en est ainsi pour la désignation des bénéficiaires¹¹¹. Par analogie, il en est également ainsi pour la désignation des bénéficiaires d'une assurance-vie que l'on a choisi de faire par testament. La constitution d'une fiducie exige un

108. Voir également au même effet l'article 757 C.c.Q.

109. J. BOILARD et S. GENIK, « La rédaction des fiducies entre vifs et testamentaires sous le régime du nouveau Code civil », dans *La planification successorale et le nouveau Code civil*, Toronto, Institut canadien, 26 septembre 1994, pagination variée.

110. Art. 1261 C.c.Q.

111. *Custon c. Pichuk*, J.E. 94-848 (C.S.).

transfert de biens dans un patrimoine distinct considéré comme un patrimoine d'affectation (art. 1261 C.c.Q.). La fiducie est constituée dès l'acceptation par le fiduciaire ou par l'un d'eux (art. 1264 C.c.Q.). Le fiduciaire agit à titre d'administrateur chargé de la pleine administration (art. 1278 C.c.Q.). La fiducie à titre gratuit peut être d'utilité privée (art. 1268 C.c.Q.) ou d'utilité sociale (art. 1270 C.c.Q.) ; elle peut aussi être personnelle. D'utilité privée ou sociale, elle peut être perpétuelle (art. 1273 C.c.Q.). Personnelle, elle est limitée, à deux ordres de bénéficiaires de revenus en plus du bénéficiaire du capital (art. 1271 C.c.Q.), et le droit du bénéficiaire de premier ordre doit s'ouvrir au plus tard à l'expiration de 100 ans de la constitution de la fiducie (art. 1272 C.c.Q.). Ainsi, la fiducie personnelle est limitée à deux degrés outre l'institué¹¹² et cette règle reprise à l'article 1271 C.c.Q. transpose pour la fiducie la règle de l'étendue de la substitution énoncée dans l'ancien droit à l'article 932 C.c.B.C. et appliquée également en fiducie en l'absence alors de texte formel. Enfin, le tribunal peut modifier les modalités de l'existence de la fiducie ou y mettre fin selon les circonstances et la recherche des intentions du constituant (art. 1294 C.c.Q.)¹¹³.

La volonté du testateur de constituer une fiducie est habituellement clairement établie lorsqu'il crée un patrimoine autonome et désigne les bénéficiaires qui en seront les fiduciaires et bénéficiaires. Cependant, lorsque les termes du testament utilisent certaines notions de fiducie et y mêlent d'autres institutions juridiques ou d'autres formes de legs, il peut en résulter des problèmes d'interprétation. Et cette interprétation d'un testament soulève souvent comme question fondamentale la nature juridique de l'institution qu'entend privilégier le testateur, et le tribunal en cas d'ambiguïté peut en identifier la nature. Dans l'affaire *Allaire (Succession d')*, le testateur laisse ses biens, y compris ses assurances, à ses enfants. Or, étant donné le jeune âge de ses légataires, il confie la gestion de ses biens à son frère. Il s'en exprime bien maladroitement en ces termes :

Je laisse mes biens [...] en partie égale à [...] mes enfants vu qu'ils sont trop jeune (sic), je veux que ça leur appartienne (sic) seulement à 25 ans. Entre-temps je veux que ce soit mon frère Grégoire Allaire qui gère cet argent-là et qu'il voit, et utilise cet argent là pour que mes enfants ne manque (sic) de rien jusqu'avant la distribution à 25 ans.¹¹⁴

112. *Carruthers (In the matter of the estate of the late James) et Montréal Trust Co. et Carruthers*, J.E. 80-1032 (C.S.) ; *Amyot (Succession d')*, J.E. 99-828 (C.S.).

113. *Forgeron (Succession de) c. Forgeron*, J.E. 96-599 (C.S.).

114. *Allaire (Succession d')*, J.E. 2003-507 (C.S.).

Le testateur, tout aussi mal avisé, désigne quelques jours plus tard son frère bénéficiaire de son régime de retraite auprès de son employeur. Au dire du tribunal, la conduite du testateur démontre qu'il entend tout simplement désigner son frère fiduciaire ou gestionnaire de ses biens pour le bénéfice de ses enfants jusqu'à ce que ces derniers atteignent l'âge de 25 ans. La séquence des faits et la conduite des parties impliquées corroborent cette intention d'assurer la sécurité financière des jeunes enfants¹¹⁵. N'oublions pas toutefois que l'existence d'une fiducie suppose un transfert de biens¹¹⁶. Il est plus naturel pour un testateur de laisser ses biens à ses enfants qu'à un de ses frères¹¹⁷.

Dans une autre affaire, le problème résultait de la stipulation suivante :

The capital of the share of each daughter shall remain in the hands of the Executors and Trustees during her lifetime and at her death it shall be divided among her lawful issue in such proportions and at such times and in such way as my said daughter may direct by her Will, or in default of such directions, such share shall be divided among the lawful issue of said daughter in equal shares by roots ; but should said daughter have left no lawful issue the same shall accrue to my other daughters and the lawful issue of any predeceased daughter in equal shares by roots. In the event of there being no issue on any of my said daughters, the last survivor of them shall have the right to dispose of the capital of said Trust Property by her Last Will and Testament or Codicil thereto.¹¹⁸

Le jugement majoritaire y voit une fiducie ; le jugement dissident y voit une substitution avec pouvoir restreint de disposer par testament des biens reçus. La testatrice prévoit la possibilité pour les grevés de disposer de façon restreinte au profit des petits-enfants en déterminant leur part respective.

Les bénéficiaires peuvent parfois souhaiter la remise immédiate et définitive des biens de la fiducie. Ils recherchent leurs propres intérêts aux dépens de l'intention exprimée du testateur. La simple satisfaction de la volonté des légataires ou la commodité des héritiers ne permet pas au tribunal de modifier le testament du défunt. Dans l'affaire *Laroche c. Bergeron*¹¹⁹, le testament prévoit la constitution d'une fiducie mais le bénéficiaire ultime ne veut pas

115. *Allaire (Succession d')*, J.E. 2003-507 (C.S.).

116. Art. 1260 C.c.Q.

117. *Allaire (Succession d')*, J.E. 2003-507 (C.S.).

118. *Todd c. Todd*, [1989] R.J.Q. 1176, 1183 (C.A.).

119. B.E. 99BE-450(C.S.) ; B.E. 2003BE-233 (C.S.).

attendre l'expiration du terme prévu au testament pour que lui soient définitivement remis les biens. L'un des bénéficiaires est prédécédé sans enfant et, en conformité du testament, le prédécès de l'un des légataires sans enfant entraîne l'accroissement au profit de l'autre légataire. La fiducie continue néanmoins à s'appliquer bien qu'il ne reste qu'un seul légataire. Aux termes du testament, la remise des biens se fait au soixantième anniversaire du légataire survivant mais ce légataire demande la remise anticipée et immédiate des biens et l'extinction de la fiducie. Avec raison, le tribunal refuse d'intervenir : la présence d'un seul légataire ne justifie pas de mettre un terme à la fiducie¹²⁰.

Dans une toute autre affaire, le testateur prévoit une fiducie qui devra remettre annuellement à chacun de ses neveux et nièces une somme de 250 \$. Survivent au testateur 31 neveux et nièces appelés à se partager dans le cadre de la fiducie une somme de plus de 250 000 \$. De ce fait, les modalités de versements des revenus qu'a prévues le testateur ne risquent pas d'entamer le capital et le partage des biens est reporté sur une période trop éloignée. Le tribunal invoque l'article 1294(1) C.c.Q. : il invalide cette fiducie de revenus créée dans le testament et décrète un partage immédiat des biens de la succession¹²¹.

4.4 Le legs avec faculté d'élire

Sous le *Code civil du Québec*, la faculté d'élire relève de la fiducie aux termes de l'article 1282 C.c.Q. Elle peut, s'il s'agit essentiellement de déterminer la part des appelés, relever de la substitution aux termes de l'article 1255 C.c.Q.

Ce legs peut être à des fins de bienfaisance ou de charité ou encore, ce qui est fréquent, dans le cadre d'une fiducie pour fins d'utilité sociale¹²². La fiducie d'utilité sociale, prévue par testament, peut être également qualifiée de fondation ; elle est toutefois régie par les règles de la fiducie testamentaire (art. 1258 C.c.Q.). Dans la fiducie d'utilité sociale, la faculté du fiduciaire d'élire les bénéficiai-

120. Art. 1294 C.c.Q.

121. *Cantin c. Tremblay*, B.E. 98BE-181(C.S.).

122. John E. C. BRIERLEY, « Chapitre deuxième, De la fiducie. Les articles 1260-1298 », dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t.1, « Personnes, successions, biens », P.U.L., 1993, p. 739 et s. et notamment p. 758 et s.

res est présumée. Le legs fiduciaire permet au testateur de disposer de ses biens pour fins d'intérêt général, éducatives, philanthropiques, religieuses, scientifiques (art. 1270 C.c.Q.) ou de charité au profit de personnes non identifiées ; le legs identifie les fiduciaires et désigne les domaines de charité et de bienfaisance¹²³. La jurisprudence souhaite respecter l'intention du testateur : elle analyse favorablement les legs pour fins de bienfaisance et de charité et adopte l'interprétation la plus large possible :

[...] les jugements se montrent disposés à maintenir le legs, même lorsque la volonté du testateur est exprimée dans les termes les plus généraux, pourvu qu'aucune ambiguïté ou obscurité n'empêche de discerner, entre plusieurs bénéficiaires possibles, à qui la description du bénéficiaire peut s'appliquer, et lequel est le véritable destinataire dans l'esprit du testateur.¹²⁴

123. *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 383 ; *Brodie (Succession)*, J.E. 89-1185 (C.A.), commenté par John E.C. BRIERLEY, « Will-General Power of Appointment in Wills-Bare Powers and Trust Powers », (1990) 69 *R. du B. can.* 364 ; *Valois c. De Boucherville*, [1929] R.C.S. 234.

124. *Valois c. De Boucherville*, [1929] R.C.S. 234. Voir, au même effet, *Sabatier c. Royal Trust Co.*, [1978] C.S. 954 ; *In the Matter of the estate of the Late Donald Speirs Dufly, The Bank of Nova Scotia Trust Company c. Raymond Chabot Inc.*, [2001] J.E. 2001-1452 (C.S.).

Dans l'arrêt *Valois c. De Boucherville*, la Cour suprême accepte comme valide la disposition testamentaire rédigée ainsi :

« Je veux et ordonne que tous mes autres biens, soit personnels, soit provenant de la succession de feu mon frère, le Révérend Étienne Avila Valois, prêtre, ou d'autres sources, soient réalisés aussitôt que possible après mon décès par mes exécuteurs testamentaires, de la manière qu'ils l'entendront, sans le concours d'autres personnes et sans formalité judiciaire, et après avoir pourvu de la manière qu'ils jugeront convenable pour le paiement des legs aux institutions ci-dessus nommées et aux personnes n'appartenant pas à la famille Valois, et pour le paiement des annuités ci-haut mentionnées ainsi qu'au paiement de la rémunération ci-après stipulée en faveur de mes exécuteurs testamentaires, ces derniers devront remettre les produits desdits biens, au moment que tels produits seront disponibles, entre les mains dudit Joseph B. de Boucherville, avocat et conseiller du roi, de la cité de Montréal, que je nomme à cette fin mon légataire fiduciaire qui sera dès lors saisi des produits de mes tels biens pour être par lui seul employés et distribués comme il le jugera opportun en œuvres de charité, en œuvres pies, au soulagement des souffrances de l'humanité, à l'éducation de jeunes gens pauvres, voulant surtout qu'il affecte une somme de cinq mille piastres à la fondation d'une bourse perpétuelle dont le revenu servira à l'éducation d'un ecclésiastique pauvre au Collège Canadien, à Rome, dirigé par les prêtres de Saint-Sulpice, suivant le choix de monsieur le Supérieur du Séminaire de Montréal, et aussi qu'il verse entre les mains de la fabrique de la paroisse de la Nativité de la Sainte Vierge d'Hochelaga, une somme de cinq cents dollars dont le revenu sera employé à perpétuité au soutien des pauvres de ladite paroisse, le partage de ce revenu devant être fait par monsieur le curé de la paroisse. »

La Cour suprême du Canada accorde une interprétation favorable et large pour les fins de bienfaisance. Elle maintient le legs s'il satisfait aux exigences d'alors sous le *Code civil du Bas Canada* (art. 869 C.c.B.C), notamment : (1) elle y trouve la nomination d'un ministre, légataire, fiduciaire ou exécuteur testamentaire à qui peuvent être remis les biens destinés à la charité ; (2) elle ne demande pas que soient identifiées les personnes avantagées pour fins de legs de bienfaisance mais il suffit d'indiquer la nature et le caractère, fins de bienfaisance, institutions de charité, maisons d'éducation. Cette même interprétation énoncée dans *Valois c. De Bourcherville* prévaut dans les décisions subséquentes telles *The Bank of Nova Scotia Trust Company c. Raymond Chabot Inc.*¹²⁵ et *Sabatier c. Royal Trust Co.*¹²⁶. Les tribunaux devraient maintenir cette attitude favorable à

125. *In the Matter of the estate of the Late Donald Speirs Dufty, The Bank of Nova Scotia Trust Company c. Raymond Chabot Inc.*, [2001] J.E. 2001-1452 (C.S.).

126. Dans *Sabatier c. Royal Trust Co.*, [1978] C.S. 954, la testatrice dispose de sa fortune ainsi :

« 5. Venons-en à l'usage de ma fortune. Je veux l'utiliser pour en faire une œuvre humanitaire. Je ne veux pas que cet argent soit confié à « des bonnes âmes » qui soi disant s'occupent des uns et des autres. Je n'ai aucune confiance dans tous ces comités qui ne font comme bien aux autres, que le bien qu'ils se font à eux-mêmes en se payant de gros salaires pour ne rien faire. Je veux que mon exécuteur testamentaire, ne se laisse pas impressionner par de belles promesses, qu'il ait l'œil et le bon. Quelques papiers que je joins à ce testament, vous donneront une idée de ce qui se fait en *Afrique Française*. Je veux qu'une œuvre, de préférence un hôpital ou une *Fondation*, soit au service des déshérités de ce monde. Je répète, en *Afrique Française* et non anglaise. Avant l'utilisation de mon capital, je veux penser à mes deux neveux, fils de mes sœurs.

6. L'un : Fernand Enault, 51 ans, vivant à Bayonne – Basses-Pyrénées, France. En écrivant au maire, vous aurez son adresse. L'autre : Jack Chondros, 42 ans, vivant à Pavillons-sous-Bois – Seine, France. En écrivant au maire, vous aurez son adresse. À chacun d'eux, je laisse en *part égale*, les revenus de mon capital, payable tous les six mois, *leur vie durant*. Advenant la mort de l'un d'eux, sa part retombera dans mon capital, et l'autre ne recevra que ce qu'il recevait quand les deux vivaient. Mon exécuteur testamentaire devra prendre les mesures nécessaires, pour que le mort ne reste pas vivant jusqu'à la fin des siècles. Les enfants de l'un et l'autre, n'auront aucun droit à ces revenus, que leurs parents y pensent de leur vivant. Les épouses non plus. Les revenus cessent avec la mort et rentrent dans le capital.

12. Que ce soit un hôpital en *Afrique Française* ou une maison pour vieillards indigents en *France*, je suggère deux noms puisqu'il faut toujours en donner un :

Fondation Anne Caillaud, en souvenir de ma famille à laquelle je dois beaucoup, d'être ce que je suis... ou j'étais.

Si vous ne voulez pas un nom aussi personnel, bien que le prix « Nobel » porte le nom de l'auteur, alors je voudrais que le nom soit « *Canadiana* » en souvenir de ma seconde patrie. »

Ce testament comporte un legs de bienfaisance valide aux termes de l'article 869 C.c.B.C.

l'égard des legs de bienfaisance sous le *Code civil du Québec* dans le contexte des fiducies d'utilité sociale¹²⁷.

Ce legs avec faculté d'élire peut être pour fins personnelles ou d'utilité privée. Dans la fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire confère à un fiduciaire ou à un tiers la discrétion de distribuer ou de répartir les biens à son choix à des personnes ou à une catégorie de personnes clairement désignées : elle exige la détermination de la catégorie précise des bénéficiaires éligibles. La faculté d'élire doit respecter certains critères : (1) elle est limitée ; (2) elle s'adresse à des bénéficiaires déterminables ; (3) elle comporte des bénéficiaires choisis parmi un groupe de personnes identifiées ou identifiables ; (4) ce choix est fait par un tiers désigné par le testateur, fiduciaire ou grevé de substitution. De même, la faculté d'élire doit rencontrer certains critères négatifs : (1) le fiduciaire ou le tiers désigné par le testateur ne peut assortir la faculté d'élire de charges et conditions que le disposant n'a pas initialement prévues (art. 1283 C.c.Q.)¹²⁸ et (2) la faculté d'élire ne doit pas accorder au fiduciaire une discrétion ou un arbitraire absolu dans le choix de l'héritier¹²⁹.

Dans l'arrêt *Béique c. Clément*¹³⁰, le tribunal reconnaît comme valide la faculté d'élire pourvu qu'elle s'adresse à une catégorie bien identifiée de personnes ; ce pouvoir pouvait être accordé soit à un fiduciaire soit à un grevé de substitution sous le *Code civil du Bas Canada*. Les bénéficiaires du testament, descendants du sénateur Béique, étaient au nombre de 115 et la clause en litige était rédigée ainsi :

L'un quelconque des grevés de substitution pourra par acte entre vifs, ou par testament, changer les proportions des biens que ses descendants ou autres héritiers seraient autrement appelés à recueillir des biens donnés ; il pourra exclure temporairement, ou conditionnellement l'un quelconque de ses descendants de toute part dans ou participation aux biens donnés ; et toute disposition à ce sujet restera révoquée par la personne qui l'aura adoptée.

127. John E.C. BRIERLEY, « Chapitre deuxième, De la fiducie. Les articles 1260-1298 », dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, « Personnes, successions, biens », P.U.L., 1993, 739, 758 et s.

128. *Lussier c. Tremblay*, [1952] 1 R.C.S. 389 (par application de la décision).

129. *Proulx c. Royal Trust*, [1943] C.S. 106 ; *Fiducie Desjardins Inc. c. Rodrigue*, J.E. 96-966 (C.S.) et J.E. 97-1967 (C.A.).

130. *Béique c. Clément*, [1990] R.J.Q. 1337 (C.S.).

Dans l'arrêt *Brosseau c. Doré*¹³¹, la Cour suprême a considéré valide la faculté d'élire suivante, savoir :

Et si après avoir fait instruire mes neveux et nièces, comme susdit, il reste un surplus, je veux que ce surplus soit distribué à mes frères et sœurs ou neveux et nièces qui en auront le plus de besoin, à la discrétion desdits Carmen Brosseau, Joseph Doré et Louis Brosseau.

Dans l'affaire *Denis c. Denis*¹³², la disposition testamentaire soumise à l'attention du tribunal est des plus intéressantes. Arthur Denis décède le 23 mai 1965 ; il a au préalable fait un testament notarié en 1959 laissant ses deux fermes à son fils Marcel, célibataire et sans enfant. Marcel rédige alors un testament en octobre 1965 et désigne son neveu Pierre Denis, encore adolescent, légataire de ses biens, et tout particulièrement des fermes qu'il venait d'hériter de son père. Le 4 septembre 1997, Marcel décède sans avoir modifié son testament. Rappelons brièvement la disposition testamentaire soumise à l'attention du tribunal :

Je donne et lègue, à titre de legs particulier, à mon fils Marcel Denis, ma terre située en la paroisse de St-Cuthbert portant le numéro CINQ CENT SOIXANTE DIX NEUF (579) [...].

Ce legs est consenti à mon dit fils Marcel Denis pour qu'il en jouisse sa vie durant et en transmette la propriété à ses enfants nés et à naître lors de son décès mais avec droit, cependant de disposer de ces mêmes immeubles comme il l'entendra et quand bon lui semblera en faveur de ses mêmes enfants, pouvant même donner le tout à un seul de ses mêmes enfants, si il le désire, avec ou sans charge envers les autres.

Et dans le cas où mon dit fils Marcel n'aurait pas d'enfant, alors il ne pourra disposer de ces mêmes immeubles qu'en faveur de ses frères et sœurs ou de ses neveux et nièces comme il l'entendra par donation legs ou autrement et quand bon lui semblera.

La question est fort simple : Marcel pouvait-il, faute d'enfants, avantager un seul de ses neveux et nièces ou devait-il les désigner collectivement comme légataires ? Le testament, rédigé en 1965, est interprété à la lumière de l'ancien droit en conformité de l'article 37 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*. On retrouve

131. (1904) 35 R.C.S. 205. Voir également *Béique c. Clément*, [1990] R.J.Q. 1337 (C.S.); *Reford c. National Trust Co.*, [1968] B.R. 689, 699; *Trust Royal c. Succession de Brodie*, J.E. 89-1185 (C.A.); *Todd c. Todd*, [1989] R.J.Q. 1176, 1183 (C.A.).

132. *Denis c. Denis*, J.E. 99-1519 (C.S.).

donc dans cette disposition une substitution fidéicommissaire comportant pour le grevé une faculté d'élire au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants ou à défaut d'enfants, au profit de l'un ou de plusieurs de ses neveux et nièces. On peut également croire que le constituant n'entendait pas favoriser une exploitation agricole en indivision entre tous les neveux et nièces, ce qui aurait entraîné plausiblement le partage et la licitation des fermes. Au dire du tribunal, cette faculté d'élire permet donc au grevé de désigner un seul neveu comme appelé sans avoir à désigner collectivement les neveux et les nièces et il ne faut pas s'arrêter à la différente terminologie utilisée dans les second et troisième paragraphes du legs sous étude. Le *Code civil du Québec* aurait pu tout autant s'appliquer et nous aurions obtenu une solution tout à fait identique en raison du deuxième alinéa de l'article 1255 C.c.Q.

Dans l'arrêt *St-Aubin c. St-Aubin*¹³³, le legs au profit de l'épouse du testateur est assorti d'une condition : ne pouvoir en disposer qu'en faveur des enfants du couple. La veuve donne un immeuble de la succession au profit de l'un de ses enfants. L'autre enfant demande la nullité de ce don sous prétexte que l'aliénation devait viser les enfants en parts égales. Dans les faits, la volonté du testateur est de léguer les biens à son épouse sous réserve de ne pouvoir les aliéner hors famille mais avec le droit cependant de les disposer au profit de l'un ou de l'autre de ses enfants. C'est donc un legs affecté d'une condition avec faculté d'élire restreinte et valide.

4.5 Le legs comportant substitution de residuo

La substitution *de residuo* impose au grevé de remettre à l'appelé ce qui restera à l'ouverture de la substitution soit en nature soit par subrogation le solde du prix des biens aliénés ; elle permet donc une aliénation des biens substitués soit à titre onéreux, soit à titre gratuit mais en ce dernier cas à la seule condition que le constituant l'ait expressément permis¹³⁴. En matière de substitution, comme de donation ou de testament, il faut donner effet à la volonté du disposant (art. 1246 C.c.Q.). En règle générale, la substitution *de residuo* ne permet pas au grevé de disposer par testament des biens reçus ; la substitution ne porte que sur les biens encore en la possession du grevé à son décès (art. 1232 C.c.Q.). La substitution *de resi-*

133. *St-Aubin c. St-Aubin*, [1952] B.R. 364.

134. Art. 1232 C.c.Q. ; voir également, en ce sens, *Létourneau c. Létourneau*, J.E. 2003-799 (C.S.).

duo peut impliquer que le grevé soit libre de disposer des biens substitués selon ses besoins : les aliénations en ce cas doivent être faites de bonne foi et non en fraude des droits de la substitution. La substitution *de residuo* ne comporte pas en soi une obligation de conserver¹³⁵.

Certaines expressions peuvent emporter substitution *de residuo* à divers degrés. D'abord, le testateur limite la charge de rendre aux biens de la substitution que le grevé n'a pas « autrement disposé ». Cette expression suppose le droit du grevé de disposer des biens de la succession, même par testament, au préjudice du substitué¹³⁶. En d'autres circonstances, le testateur emploie l'expression, « sans avoir disposé de son vivant ». Cette expression ne permet pas au grevé de disposer des biens de la succession par testament. Il doit alors remettre les biens qui existent à son décès à l'appelé (art. 1232 C.c.Q.) ou aux héritiers du grevé (art. 1220 C.c.Q.). En d'autres circonstances, le testateur fait obligation au grevé de remettre à l'appelé « ce qui restera en nature » ; cette expression empêche le grevé de disposer des biens par testament (art. 1232 C.c.Q. ; art. 1220 C.c.Q.)¹³⁷. Enfin, le testateur peut prévoir la remise par tranches, annuelles ou mensuelles des biens de la succession et les biens qui n'ont pas encore été remis peuvent être compris dans une substitution *de residuo*. Et comme le grevé n'a pas encore touché les biens de la succession du constituant, les biens retournent à l'appelé désigné faute pour le grevé d'avoir pu en disposer de son vivant¹³⁸.

Dans l'affaire *Dequire c. Despatie*, le tribunal analyse la clause suivante :

Je donne et lègue à Gédéas Despatie, mon époux bien-aimé que j'institue mon légataire universel et mon exécuteur testamentaire tous les biens meubles généralement quelconques... pour par lui en jouir et en disposer en pleine et absolue propriété à compter de l'instant de mon décès, à la charge de payer mes dettes et pourvoir à mes obsèques et funérailles... et à la charge en outre par lui de remettre le résidu des biens que je lui lègue, s'il y en a, à son décès, à Roméo Despatie, fils

135. Voir pour une illustration *Brisebois c. Tanguay*, [1978] C.A. 308 ; *Lizotte c. Lizotte*, J.E. 98-164 (C.S.), reprendre la clause de *Lizotte* ; *Trudeau c. Lareau*, J.E. 90-1668 (C.S.).

136. *Décarie c. Lemieux*, [1963] R.C.S. 35 ; [1961] B.R. 840 ; *Succession Beauchamp c. Gosselin*, [1906] 12 R. de J. 571 ; *Lizotte c. Lizotte*, J.E. 98-164 (C.S.).

137. A. LAVALLÉE, « Propos aux notaires », (1966-67) 69 R. du N. 538 et s.

138. *Campbell-Carhcart (Succession de) c. Royal Trust Co.*, J.E. 99-220 (C.A.).

d'Isaïe Despatie, Roméo Despatie, fils de Telesphore Despatie et Fabiola Deguire, fille de David Deguire, pour leur être partagé en égales parts et portions, voulant et entendant ne créer aucune substitution par cette restriction.¹³⁹

Le grevé n'est pas soumis aux diverses contraintes de la substitution ordinaire, sauf de l'obligation de rendre ce qui reste ; il y a alors substitution *de residuo*.

Dans l'affaire *Campbell-Cathcart*, le testateur, un dénommé Campbell, dispose de ses biens au profit de Michel Laflamme et lui confère un droit d'habiter sa résidence de villégiature. De plus, Michel Laflamme ne peut toucher les biens de la succession qu'en versements mensuels indexés. Enfin, le testament prévoit ce qui suit :

Au cas où Monsieur Michel Laflamme viendrait à décéder avant moi, en même temps que moi ou dans les soixante (60) jours suivant mon décès ou s'il décède avant que tous mes biens lui soient remis, je lègue tout ce qui restera de mes biens meubles et immeubles à l'Armée du Salut et à la Mission Bon Accueil (1490, Saint-Antoine ou est à Montréal) en parts égales.

James Cathcart décède le 11 janvier 1993 et Michel Laflamme le 1^{er} septembre 1993. Dans son testament olographe, Michel Laflamme dispose de ses biens tant personnels que ceux provenant de la succession Cathcart comme suit :

Je lègue à la congrégation des Témoins de Jéhovah, salle du Royaume Rosemont et à Normand Hélie, demeurant au 3463, rue Dorion, Montréal, tous mes biens, argents, comprenant aussi, l'héritage provenant de feu Jim Cathcart, qui demeurant (sic) à 7337, Fielding, Montréal, dont l'exécuteur testamentaire est le Trust Royal, situé boul. René-Lévesque ouest et la rue Union. Tous mes avoirs présents et à venir, devront être divisés en parties égaux (sic) entre mes deux légataires.

Qui peut recevoir les biens provenant de la succession de James Cathcart que n'a pas encore effectivement reçus Michel Laflamme : l'Armée du Salut et la Mission Bon Accueil aux termes

139. Dans cette décision *Deguire*, le tribunal y voit une substitution *de residuo*. Le testateur a libéré le grevé de toutes les contraintes de la substitution ordinaire, sauf de l'obligation de rendre ce qui reste. *Deguire c. Despatie*, [1944] C.S. 1 ; voir, au même effet, *Champagne c. Bacon*, (1936) 61 B.R. 363 ; *Brais c. Fortier*, [1955] C.S. 224.

du testament de Cathcart ou les Témoins de Jéhovah aux termes du testament de Michel Laflamme ? Dans les faits, Michel Laflamme pouvait disposer des biens de la succession Cathcart au fur et à mesure qu'il en percevait les remises mensuelles. Quant aux biens qui ne lui avaient pas été versés en raison de son décès prématuré, ils sont compris dans une substitution *de residuo* et doivent être remis à l'Armée du Salut et à la Mission Bon Accueil en conformité du testament de Cathcart¹⁴⁰.

Dans l'affaire *Ménard c. Ménard*¹⁴¹, la testatrice a légué ses biens comme suit :

Advenant le décès de maman, après avoir tout payé, le reste de l'argent ira à la S.P.C.A. de Montréal, la Société québécoise pour la défense des animaux, [...] et MIAOUF, adoption pour animaux [...].

Certains souhaitent que ce legs soit conditionnel au décès de la mère de la testatrice, ce qui aurait pu priver les sociétés de bienfaisance mentionnées de tout avantage successoral car la testatrice est décédée le 31 octobre 1993 et sa mère le 2 février 1994 et ainsi le legs aurait été caduc. Il n'en est rien. Au su du testament, la testatrice a manifesté un désir constant de prendre soin de sa mère d'abord et ensuite des animaux. Elle avait ainsi légué une maison de campagne en usufruit à sa mère et, sous réserve de certaines circonstances, le solde du prix de vente devrait être remis à des sociétés identifiées qui se soucient des animaux. L'intention de la testatrice, son comportement auprès de ses parents, le sens des clauses du testament, tout porte à croire à une substitution *de residuo*. L'intention du testateur est primordiale.

4.6 Le legs se limitant à un seul conseil

La disposition peut se limiter à un simple conseil, à un vœu, à un désir. Elle ne comporte pas d'obligation de se conformer soit à une institution juridique quelconque telle une substitution ou telle une fiducie, soit à l'avis d'un conseiller.

Dans l'affaire *Lannegrace*, la disposition testamentaire suivante soulève cette problématique :

140. *Campbell-Carthcart (Succession de) c. Royal Trust Co.*, J.E. 99-220 (C.A.).

141. *Ménard c. Ménard*, [1995] R.L. 634 (C.S.).

Je donne et lègue tous les biens meubles et immeubles que j'aurai et délaisserai au jour et à l'heure de mon décès à Monsieur Eugène Lannegrace, mon époux bien-aimé, lequel je nomme et institue mon légataire universel, en pleine et absolue propriété à la charge par lui de payer mes dettes, sachant qu'il fera tout en son pouvoir pour conserver ces mêmes biens pour nos enfants.¹⁴²

Ce legs est en pleine propriété et le simple souhait de conservation des biens ne crée pas de substitution, ni de substitution *de residuo*. Il faut toutefois prendre garde d'utiliser le terme « recommande » qui emporte un commandement plutôt qu'un conseil. Il équivaut au terme latin « mando »¹⁴³.

Dans l'affaire *Dunning c. Royal Trust Co.*¹⁴⁴, l'exécuteur testamentaire est invité à solliciter l'avis d'un conseiller avant de poser certains gestes. Le testament, rédigé en anglais, prévoit cette consultation tantôt en ces termes « shall consult with and take the advice » tantôt seulement « with the advice ». Le tribunal y perçoit une différence significative. La première expression reflète une obligation de se conformer à l'avis donné. La seconde expression est davantage une suggestion qu'une contrainte : l'exécuteur n'a pas nécessairement à se conformer à l'avis reçu.

5. L'interprétation respectueuse de l'ordre public

Les volontés du testateur sont soumises aux dispositions impératives. Le testateur peut assortir ces legs de conditions les plus variées. Le contexte législatif subordonne la validité de ces conditions au respect de l'ordre public. Comme le précise l'article 9 C.c.Q., il ne peut être dérogé aux lois qui intéressent l'ordre public. Et cet ordre public n'est pas limité aux seules dispositions impératives que peut contenir le Code. La disposition préliminaire précise l'interrelation étroite entre le *Code civil du Québec*, la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit. Le testateur entend parfois poursuivre son emprise, et comme le dit le juge Mayrand, la tyrannie, fut-elle posthume, est toujours une tyrannie¹⁴⁵ : il peut imposer alors des conditions, les unes raisonna-

142. *Lannegrace c. Asselin*, [1969] B.R. 486.

143. THÉVENOT D'ESSAULE DE SÉVIGNY annoté par M. MATTHIEU, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Montréal, A. Périard, 1889, n° 238, p. 89.

144. *Dunning c. Royal Trust Co.*, [1975] C.S. 896.

145. Albert MAYRAND, « Conflit de deux libertés : Liberté de religion et liberté de tester », (1962-63) 65 R. du N. 383, 391.

bles, les autres déraisonnables. C'est le contexte de l'ordre public qui déterminera la validité de ces conditions.

Le testateur peut assortir ses dispositions testamentaires de conditions, les unes illicites, les autres licites. Les conditions licites peuvent être soit sans restrictions, soit comporter des limites imposées par la loi ou par la jurisprudence. D'autres conditions peuvent être prohibées expressément comme étant contraires à l'ordre public. « La souveraineté du testament doit s'effacer devant l'autorité des règles du droit positif car [...] la volonté individuelle s'exerce à l'intérieur des limites fixées par la loi. »¹⁴⁶

5.1 Des conditions illicites

Certaines des conditions que peut imaginer le testateur sont illicites car elles portent atteinte à l'ordre public. Certaines dispositions au titre des successions le déclarent expressément, tel le legs subordonné au non-remariage¹⁴⁷ ou à la non-contestation judiciaire des autres legs¹⁴⁸. Les formulaires de testament prévoient presque systématiquement une clause imposant aux héritiers et aux liquidateurs l'arbitrage en cas de différends éventuels : les héritiers peuvent même en certains cas être déchus de leurs droits s'ils ne se soumettent pas à l'arbitrage obligatoire. Le professeur Brierley, de regrettée mémoire, souligne dans un cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, que telle stipulation testamentaire lui semblait sans effet. Il ajoute ce qui suit :

Reconnaître l'effet obligatoire d'une telle stipulation d'arbitrage serait admettre un cas d'arbitrage forcé, et non conventionnel, ce qui n'est pas prévu par la loi. Tout au plus une telle clause testamentaire ne saurait avoir effet qu'à titre de condition assortissant le legs.¹⁴⁹

Telle stipulation peut également être analysée comme une clause pénale qui prive les héritiers de s'adresser aux tribunaux de droit commun et elle contrevient à l'article 758 C.c.Q. Rien n'empêche les héritiers d'avoir recours volontairement à l'arbi-

146. 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° 85, p. 100.

147. Art. 757 C.c.Q.

148. Art. 758 C.c.Q.

149. John E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) 2 C.P. du N. 507, 563.

trage mais aucune condition testamentaire ne saurait leur imposer l'arbitrage comme mode de règlement de leurs différends. Dans l'affaire *Sansfaçon (Succession de)*, le tribunal précise ce qui suit :

La clause d'arbitrage prévue au testament est donc contraire à la loi et est réputée non écrite non seulement parce qu'elle prévoit une exhérédation du légataire qui la conteste, mais essentiellement parce qu'elle est contraire à la nature même de la notion d'arbitrage qui exige le consensualisme des parties qui acceptent ainsi de renoncer à soumettre leur litige au tribunal de droit commun.¹⁵⁰

D'autres le sont en raison de l'application des différentes lois d'ordre public, telle la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵¹. À titre illustratif, la condition ne peut imposer au légataire de quitter son conjoint, un étranger appartenant à une ethnie autre que celle du testateur¹⁵². Est également nulle la condition qui impose à un légataire l'appartenance à une religion plutôt qu'à une autre¹⁵³. La condition tombe, le legs est maintenu¹⁵⁴. Aucune preuve d'intention n'est nécessaire aux termes de l'article 49, al. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ; la preuve d'intention est requise uniquement en ce qui concerne les dommages punitifs (art. 49, al. 2 de la Charte)¹⁵⁵. N'oublions pas toutefois que l'ancien droit, tout particulièrement la doctrine, analysait l'impact de la condition sur le comportement éventuel du légataire. Il offrait diverses solutions, toutes plausibles et justifiées. Dans un premier temps, la doctrine suggérait de maintenir la condition si elle n'avait comme objectif que d'identifier les légataires. Serait valide le legs fait à mes enfants encore célibataires au jour de mon décès : ce legs identifie les légataires mais ne prohibe pas le mariage. La doctrine, et même la jurisprudence, optait aussi pour le maintien de la restriction s'il y avait des considérations économiques justifiées¹⁵⁶. Dans un second temps, le legs pouvait être maintenu, et la condition ignorée, si la condition brimait l'une des libertés fondamentales. Tombe dans

150. J.E. 2003-893 (C.S.) ; [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 3935 (C.S.).

151. Art. 757, al. 1 C.c.Q. ; disposition préliminaire, *Code civil du Québec*.

152. *Marinacci c. Bartolomucci*, J.E. 98-267 (C.S.) ; [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 3961 (C.S.).

153. *Klein c. Klein*, [1967] C.S. 300. Cet arrêt est majeur car il a conservé les droits d'un légataire d'hériter sans avoir à changer de religion et a ainsi protégé sa liberté religieuse, bien avant la Charte des droits et libertés et le *Code civil du Québec*.

154. Art. 757 C.c.Q.

155. P.G. JOBIN, « Contrats et droits de la personne – un arrimage laborieux », dans *Mélanges Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, 377.

156. *Central Guaranty Trust Co. c. Lefebvre-Gervais*, [1992] R.J.Q. 2264 (C.S.).

cette catégorie les clauses de viduité. Dans un troisième temps, il était possible d'invalider et le legs et la condition si la condition était la considération principale du legs¹⁵⁷.

5.2 Des conditions licites

Certaines conditions sont licites sans réserve : elles ne sont pas soumises à un régime particulier. Elles relèvent de la liberté du testateur. Elles peuvent être scrutées par le tribunal pour leur conformité aux libertés fondamentales des légataires.

Le testateur peut décider de n'avantager que ses enfants qui résident encore avec lui au moment de son décès. Telle stipulation n'est pas contraire à l'ordre public : une clause testamentaire peut subordonner le legs à la conservation de la résidence familiale ou peut priver de ses droits héréditaires tout enfant, qui, pour cause de mariage ou autrement, quittera la maison familiale. L'enfant qui quitte la résidence à la suite d'une maladie pour habiter un centre d'accueil ou encore celui qui décède après avoir implicitement accepté la succession (dans les faits, avoir habité la maison après le décès du testateur) conserve ses droits héréditaires. Telle condition suppose un départ volontaire ; elle ne s'étend pas au départ à la suite d'un décès ou d'une maladie pour habiter un centre d'accueil¹⁵⁸. Le testateur peut également soumettre ses legs à des conditions telles que subvenir aux besoins d'une personne¹⁵⁹.

Le testateur peut disposer de ses biens au profit d'un légataire sous condition que ce dernier lui survive quelques jours. Elle est généralement stipulée sous condition de survivre au testateur pendant un mois. Le légataire qui a ainsi survécu au-delà du délai prévu est le successible habilité à réclamer les biens de la succession. Si ce légataire décède au-delà du délai prévu et alors que la liquidation n'est pas encore terminée, il conserve ses droits héréditaires et les héritiers de ce dernier pourront réclamer les biens de la succession

157. Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n^{os} 90 et s. p. 63 et s. ; Claude BERTRAND, « Regard neuf sur les conditions illicites en matière de libéralités », (1973) 8 *R.J.T.* 1, 15 et s.

158. *Beaucage (Re)*, J.E. 98-1664 (C.S.). La clause se lit ainsi : « toutefois, je veux et entends que celui ou celle de mes enfants ci-dessus nommés, qui, pour cause de mariage ou autrement, devra quitter mon dit domicile, soit déchu de ma succession ipso facto mais qu'une somme de mille dollars lui soit versée dans les plus brefs délais... ».

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

initiale. La condition n'impose pas de survivre au-delà de la liquidation accomplie des biens de la succession. En un mot, la condition de survivre au testateur n'est pas une condition de survivre jusqu'à la remise physique des biens de la succession¹⁶⁰. En d'autres circonstances, le testateur peut imposer un ordre de succession : il peut désigner d'autres héritiers s'il y a prédécès de ceux qu'il préfère en premier lieu. Et, si ceux que le testateur avait d'abord désigné comme ses légataires renoncent aux avantages que lui confère le testament, est-il possible de les appeler comme héritiers de la succession ? En principe, ces légataires renonçants pourraient toujours être appelés comme héritiers de la succession mais il peut en être tout autrement devant les expressions alambiquées du testateur. Est-il possible de substituer au terme « prédécès » celui de « renonciation » ? Dans l'affaire *Bélaïr-Thibert c. Levac*, le tribunal s'exprime ainsi :

La jurisprudence nous enseigne, de façon constante, qu'en matière testamentaire on doit rechercher l'intention du testateur, mais la recherche de l'intention du testateur doit aussi être faite en tenant compte du sens littéral des mots, ce qui a pour effet de limiter de façon précise l'interprétation que les cours de justice peuvent donner des testaments. Il ne s'agit pas d'interpréter un testament en émettant des hypothèses quant à l'intention du testateur ; hypothèses qui pourraient largement déborder le sens précis des mots utilisés par le testateur.

[...]

[C]e serait émettre des hypothèses ou encore prolonger d'une façon indue et d'une façon aléatoire, les intentions de la testatrice que d'étendre le mot prédécès en ajoutant renonciation ou refus à la succession dans l'intention de la testatrice. [...] C'est ce qu'elle a voulu inclure dans ce terme de prédécès, renonciation, refus et toute autre forme légale ou d'institution juridique, serait donner un sens au testament qu'il n'a pas. Cela serait d'étendre la portée des mots dans le testament d'une façon qui ne correspondrait pas à l'intention de la testatrice.¹⁶¹

Ainsi, hériter sous condition du prédécès du légataire désigné ne sous-entend pas hériter sous condition de refus du légataire désigné d'accepter la succession ou d'y renoncer.

160. *Pageau c. Bernard (Succession de)*, J.E. 2002-869 (C.S.) ; *Warhaft c. Warhaft*, J.E. 2003-104 (C.S.).

161. *Bélaïr-Thibert c. Levac*, J.E. 86-833 (C.S.).

Le testateur peut imposer comme condition pour hériter que les héritiers soient présents à ses funérailles ; il n'y a rien d'illicite ni d'impossible dans une telle condition. Le testateur, libre de tester comme bon lui semble, peut fort bien vouloir avantager les parents et amis qui se souviennent encore de lui ne serait-ce que le temps des funérailles. L'indélicatesse a un prix ou plutôt la délicatesse a sa récompense¹⁶².

Le testateur peut vouloir protéger des donations faites de son vivant. Il peut imposer comme condition aux légataires de ne pas contester mais plutôt de confirmer les donations et avantages à titre gratuit qu'il a pu consentir à des personnes de son entourage. Telle condition vise à rassurer le testateur devant l'éventualité d'une contestation de donations probablement nulles. Évidemment, les libéralités consenties ne doivent pas enfreindre l'ordre public¹⁶³.

La portée de certaines conditions, tout en étant valides, peut être limitée par la loi ou par l'interprétation des tribunaux. Le legs peut être fait sous condition d'insaisissabilité (art. 2649 C.c.Q.). La stipulation d'insaisissabilité peut être générale : elle peut exclure de la saisie les biens donnés pour les diverses dettes, sans égard à leur origine. Elle peut être plus restreinte : elle laisse les biens donnés saisissables pour les dettes du donataire qui découlent de ses obligations contractuelles¹⁶⁴. La stipulation d'insaisissabilité est valide si elle est justifiée par un intérêt sérieux et si elle présente un caractère temporaire¹⁶⁵.

La saisissabilité est possible d'après les règles du *Code de procédure civile*, à la demande des créanciers postérieurs à l'ouverture du legs, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine (art. 553.3 C.p.c.). La stipulation d'insaisissabilité n'est opposable que par son inscription au registre approprié.

162. *Gagné c. Jodoin*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 14709 (C.S.).

163. *Byette c. Clisant-Génué*, [1977] C.S. 627.

164. *Lévesque c. Purdel, Coopérative agroalimentaire*, J.E. 2002-293 (C.S.).

165. Dans l'affaire *Cardone c. Iammateo*, [2002] R.D.I. 86 (C.S.), la stipulation sous analyse est la suivante :

« Les biens ci-dessus légués et les fruits et revenus en provenant seront insaisissables pour quelque dette que ce soit de mes légataires, à moins qu'ils ne consentent à les rendre saisissables en tout ou en partie. De plus, les biens ci-dessus légués ne feront partie d'aucune communauté matrimoniale de biens ou de patrimoine d'acquêts. »

Le tribunal l'a invalidée car elle ne présente aucun motif sérieux ni caractère temporaire.

Le legs peut comporter certaines restrictions relativement à l'aliénation des biens. L'inaliénabilité est régie par les articles 1212 et suivants C.c.Q. Elle n'est possible que dans le cadre d'une donation ou d'un testament. Elle n'est valide que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. A été considérée valide la stipulation d'inaliénabilité stipulée pour une durée de 15 ans rédigée en ces termes :

17. – Je veux que ma propriété située au cinq cent onze (511) rue Montcalm et enregistrée à la Ville de Malartic sous le numéro trois – quatre cent vingt (3-420) devienne la propriété conjointe de tous mes enfants, qu'elle ne pourra être léguée, vendue ou hypothéquée de quelque façon que ce soit, et à qui que ce soit, pour une période de quinze (15) ans à compter du jour de mon décès, et qu'elle sera habitée et entretenue par un membre de la famille qui fixera les normes et conditions qui s'imposent.

À défaut de quoi, cette dite propriété sera louée pour la période ci-haut mentionnée, après consultation avec le Conseil de famille ; Après la période de quinze (15) ans à partir de ce jour, mes fils et filles pourront en disposer comme bon leur semblera, et équitablement pour tous.¹⁶⁶

La restriction peut viser l'intérêt du disposant ou d'un tiers ; elle peut favoriser la conservation du bien dans la famille. La restriction peut aussi viser la protection du bénéficiaire ; elle entend le protéger en raison de son inexpérience. L'inaliénabilité stipulée la vie durant du bénéficiaire d'un legs, sauf fiducie ou substitution, soulève vraiment une atteinte à la libre circulation des biens et sera sans doute affectée de nullité¹⁶⁷.

Dans la décision *Florent c. Fortin*, rendue évidemment sous l'ancien Code, la clause en litige était la suivante :

Je donne et lègue le résidu de tous mes biens [...] à mon fidèle serviteur, Paul Desgagné que j'institue mon légataire universel [...]. Je veux et entends cependant que le dit Paul Desgagné n'ait pas le droit de vendre les immeubles dépendant de ma succession pendant sa vie, lui

166. *Lafontaine c. Lafontaine*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 2192 (C.S.) ; B.E. 99BE-895 (C.S.).

167. Voir, pour analogie, Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil : les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1998, n° 367, p. 212 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd., t. 3, Paris, Dalloz, 1950, n° 1399, p. 728 ; Michel GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, n° 1221, p. 167.

laissant cependant la faculté d'en disposer comme il l'entendra par son testament.¹⁶⁸

Cette condition de ne pas vendre a été considérée valide : elle laissait toutefois la possibilité au légataire de donner les biens reçus en héritage. La prohibition de vendre ne s'étend pas à celle de donner. La gradation dans les termes peut s'avérer importante. La prohibition d'aliéner évidemment est synonyme de la prohibition de disposer ; il n'en est pas nécessairement ainsi de celle de vendre par opposition à celle de donner.

La prohibition d'aliéner peut valoir, dans le cas d'une substitution ou d'une fiducie, pour leur durée. Elle emporte insaisissabilité, aux termes de l'article 1215 C.c.Q., pour toute dette contractée par le bénéficiaire, avant ou pendant la période d'inaliénabilité.

Le législateur prévoit l'intervention judiciaire pour permettre l'aliénation ou la saisie justement pour restreindre les effets insidieux de ces stipulations. Ce pouvoir judiciaire est expressément prévu pour les clauses d'inaliénabilité à l'article 1213 C.c.Q. et pour les clauses d'insaisissabilité à l'article 553.3 C.p.c. Et dans les deux circonstances, le législateur n'hésite pas à accepter la validité de stipulations qui pourraient s'étendre la vie durant du gratifié et même au-delà. Ainsi, en est-il de la prohibition d'aliéner (elle comporte implicitement la prohibition de saisie) dans le cadre d'une substitution ou d'une fiducie : cette prohibition peut valoir pour la durée de la fiducie ou de la substitution. Quant à la stipulation de l'insaisissabilité, la discrétion judiciaire est délimitée au *Code de procédure civile*. Il serait donc prétentieux de proposer comme période de validité une durée déterminée ou même la vie du gratifié : les tribunaux peuvent scruter les effets de la période prévue sur les principes fondamentaux en cause, circulation des biens et gage commun des créanciers, sur les intérêts en jeu relativement au constituant, donateur ou testateur, et au gratifié, donataire ou légataire, etc. Ces clauses également sont fondées sur un motif sérieux, généralement la conservation des biens dans la famille pour la clause d'inaliénabilité et la protection du bénéficiaire contre les revers de fortune pour la clause d'insaisissabilité.

Enfin, ces stipulations doivent être publiées. Sous le *Code civil du Bas Canada*, ces stipulations d'inaliénabilité et d'insaisissabilité

168. *Florent c. Fortin*, J.E. 86-570 (C.S.).

étaient enregistrées car elles étaient comprises dans la donation ou dans le testament soumis comme acte à l'enregistrement. La clause d'inaliénabilité est formellement soumise à la publicité depuis le 1^{er} janvier 1994 tant pour les biens meubles que pour les biens immeubles (art. 1214 C.c.Q.). La clause d'insaisissabilité est formellement soumise depuis le 1^{er} janvier 1994 à la publicité au registre foncier pour les biens immeubles¹⁶⁹ et depuis le 17 septembre 1999 pour les biens mobiliers au registre des droits personnels et réels mobiliers¹⁷⁰. Quant aux stipulations d'insaisissabilité relatives à des biens meubles, antérieures au 19 septembre 1999, elles devaient être publiées au registre des droits personnels et réels mobiliers dans l'année de la mise en vigueur de cette exigence, soit jusqu'au 18 septembre 2000¹⁷¹.

6. La qualification d'un legs

Le legs peut être universel, à titre universel ou à titre particulier¹⁷².

La qualification appropriée d'un legs est d'une importance majeure. La nature du legs peut déterminer s'il y a représentation ou accroissement ou même encore exclure l'une ou l'autre de ses possibilités et entraîner caducité de la disposition. Encore là, la caducité du legs peut favoriser un légataire universel ou à titre universel ou plutôt les héritiers *ab intestat*. La nature du legs ne dépend pas de la dénomination donnée par le testateur mais de la disposition même et de sa portée sur la vocation héréditaire du légataire¹⁷³. L'intention du testateur, si primordiale puisse-t-elle être, peut être mise en échec par la nature de la disposition et par sa qualification d'après des règles bien établies. La vocation héréditaire à l'ensemble des biens est significative d'un legs universel. La vocation héréditaire à une quote-part d'un patrimoine est indicative d'un legs à titre uni-

169. *Godin c. Mayer*, (1998) A.Q. (Quicklaw) n° 2906 (C.S.).

170. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 19, 24 et 25, en vigueur depuis le 17 septembre 1999.

171. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 19, 24 et 25, en vigueur depuis le 17 septembre 1999.

172. Art. 731 C.c.Q.

173. H. TURGEON, « Essai sur les legs », (1952-53) 55 R. du N. 175 et s.

versel. Les droits individualisés donnent naissance à un legs à titre particulier. Et s'il y a doute sur l'interprétation d'une clause testamentaire relative à des legs particuliers, l'interprétation est favorable aux héritiers mais contre les légataires à titre particulier¹⁷⁴.

Nous retiendrons à titre d'exemple cinq situations qui ont été analysées par les tribunaux et qui peuvent poser un problème soit de qualification du legs soit de sa portée.

6.1 Le bien aliéné par le curateur dont le protégé a prévu une transmission différente par testament avant la curatelle

Qu'en est-il d'un testateur qui possédait deux immeubles, le premier légué à l'un de ses enfants, nommé près de huit années plus tard curateur à ce testateur, et le second légué à ses deux autres enfants et le reste des biens de valeur négligeable à ses enfants en parts égales ? Le curateur, c'est-à-dire l'un des fils, aliène l'immeuble légué conjointement à son autre frère et à son autre sœur mais le produit de la vente se trouve toujours intact au décès du testateur dans le compte de la curatelle. Qui a droit au produit de l'aliénation de ce second immeuble légué à l'origine aux deux frère et sœur du curateur ? Il faut se rappeler que l'aliénation d'un bien entraîne sa révocation et le produit de l'aliénation du bien devrait tout normalement se retrouver dans le résidu des biens. Dans les faits, l'aliénation a été faite par le curateur du testateur pendant le régime de curatelle et les enfants connaissaient la teneur du testament. Le tribunal s'est plutôt penché sur les dispositions testamentaires pour déduire que le legs du résidu visait les biens sans grande valeur, et que l'intention du testateur visait le partage égal des biens immobiliers entre ses trois enfants. Aussi, a-t-il décidé d'attribuer le produit de la vente aux légataires désignés à l'origine de l'immeuble vendu et de ne pas l'affecter au résidu des biens de la succession. Le tribunal aurait-il pu parvenir à un résultat identique en se demandant tout simplement si l'aliénation du bien par le curateur pouvait révoquer le legs rédigé avant la mise en curatelle du testateur d'autant plus que le curateur connaissait le contenu du testament ? En d'autres termes, la question peut se poser ainsi : l'aliénation du bien faite par le tuteur ou le curateur emporte-t-elle révocation du

174. *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 403 ; *Raymond c. Lorrain*, (1940) 46 R.L. 491.

legs qu'aurait pu en faire le testateur avant sa mise sous tutelle ou sous curatelle ? Le tuteur ou le curateur ne peut tester pour son protégé ; il ne devrait donc pas y avoir de révocation tacite. Toutefois, la disparition du bien entraîne tout de même révocation tacite, sauf recours du légataire dépossédé à l'encontre du curateur ou du tuteur si l'aliénation a été faite seulement dans l'intention de révoquer le legs¹⁷⁵. Cette alternative est également soulevée par le tribunal mais la même conclusion s'impose : le liquidateur doit indemniser ses frère et sœur pour avoir aliéné l'immeuble sans motif justifié¹⁷⁶.

6.2 Le legs d'une quote-part du produit de l'aliénation d'un bien

Qu'en est-il du legs qui consiste dans une quote-part du produit de l'aliénation d'un bien ? Encore là l'intention du testateur doit prévaloir. Le testateur dispose par legs à titre particulier au profit de son fils de :

vingt-cinq pour cent du produit net de la vente de ma propriété portant [...], vente qui pourrait être consentie en tout temps après mon décès par ma dite épouse, à sa seule et entière discrétion. Le présent legs particulier sera versée à mon fils sans intérêt dans les trois mois suivant l'enregistrement de ladite vente éventuelle et de l'encaissement du prix par ma dite épouse....

Dans les faits, la vente de la propriété survient quelques mois avant le décès du testateur et non pas comme prévu au testament, à la suite du décès du testateur. Le fils unique du testateur, né d'un premier mariage, réclame le paiement de ce legs à titre particulier, ce que refuse évidemment l'épouse en secondes noces du testateur. Au dire du tribunal, le testateur a légué une créance, une quote-part de la valeur d'un bien, et non pas le bien lui-même. Autrement, l'aliénation du bien aurait entraîné la révocation du legs. Dans l'affaire sous étude, l'aliénation du bien survenue avant le décès n'a pas entraîné la révocation du legs de la quote-part de la valeur de la résidence¹⁷⁷.

175. *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 465 ; *Quirion c. Héritiers de feu Armand Ethier*, J.E. 84-973 (C.S.).

176. *Michailuk c. Michailuk*, J.E. 2003-1818 (C.Q.).

177. *Di Nunzio c. Simard*, B.E. 99BE-246 (C.S.) ; J.E. 2001-227 (C.S.).

6.3 Le legs en propriété de la résidence principale identifiée par son adresse et aliénée quelques années plus tard

Qu'en est-il du legs en propriété de la résidence principale, identifiée quant à sa localisation, par son adresse de rue et de ville ? Le testateur lègue la résidence principale, sise à St-Hubert, en nue-propriété à sa fille puis trois ans plus tard vend cette même résidence pour s'établir dans sa nouvelle résidence du Lac Sagouay. La fille prétend que ses droits de nue-propriété grèvent la résidence sise au Lac Sagouay¹⁷⁸. Il est vrai que l'aliénation du bien légué entraîne révocation du legs, sauf disposition contraire¹⁷⁹. Est-il possible de déduire du comportement du testateur une intention de neutraliser la présomption tacite de l'article 769 C.c.Q. ? Le tribunal croit plutôt que le testateur entendait léguer à sa fille sa résidence en nue-propriété, sans égard à la situation géographique de celle-ci. Le testateur n'a pas besoin de s'exprimer à cet effet dans un nouveau testament ; son comportement témoigne de son intention de maintenir le legs de la résidence indépendamment de sa situation. Encore là, l'intention du testateur est souveraine et les dispositions du *Code civil du Québec* le reflètent amplement. Aux termes de l'article 769, al. 2 C.c.Q., « la révocation subsiste, encore que le bien aliéné se retrouve dans le patrimoine du testateur, sauf preuve d'une intention contraire ».

6.4 Le legs fait en parts égales à mon épouse et à mes enfants

Qu'en est-il d'un legs fait à mon épouse et à mes enfants en parts égales ? Le legs est rédigé par un profane en ces termes : « [...]do hereby bequeath to my wife and children my all, to do with as she (my wife) may see fit ». Le testateur décède et lui survit son épouse et ses cinq enfants. Quant à l'expression « as she (my wife) may see fit », elle équivaut à attribuer à l'épouse survivante les pouvoirs de liquidateur de la succession, notamment de disposer des biens de la succession sous réserve de rendre compte de son administration¹⁸⁰. Probablement que sous le *Code civil du Québec*, le tribunal y verrait plutôt les pouvoirs de simple administration. Une deuxième question a été soulevée : la quote-part dévolue à chacun des légataires. À défaut d'attribution de quotes-parts spécifiques,

178. *Edisbury c. Desjardins*, [1998] R.J.Q. 2437 (C.S.).

179. Art. 769 C.c.Q.

180. *Glass c. Glass*, [1969] C.S. 484.

chacun recevra une égale part dans la succession. Il en aurait été autrement si le testateur avait déterminé pour chacun ou par chaque catégorie une part autre. Dans l'affaire *Valiquette c. Trust Général du Canada*, le legs prévoit sensiblement la même disposition des biens : « Je lègue, en parts égales, à ma fille [...], et à ses enfants [...] tous mes biens [...] ». Est-il possible d'analyser le legs comme étant la disposition en égales parts pour chaque groupe, l'épouse dans le premier cas ou la fille dans le second cas, les enfants dans le premier cas et les petits-enfants en second cas, ou d'y voir un legs en égales parts pour chacun des légataires appelés à la succession ? Doit-on en droit y voir, pour la première hypothèse, un legs à titre universel, pour la seconde hypothèse, un legs universel ? Les affaires *Glass* et *Valiquette* optent pour la seconde voie et y décèlent un legs universel. Les tribunaux s'en remettent à une présomption de fait d'égalité entre les légataires. Le testateur n'a-t-il pas voulu traiter également ses légataires lorsqu'il pourvoit à leur bien-être matériel¹⁸¹ ?

6.5 Le legs à titre particulier d'un bien compris dans le patrimoine familial

Qu'en est-il d'un legs à titre particulier d'un bien compris dans le patrimoine familial ? A-t-il comme conséquence de soustraire ce bien au partage du patrimoine familial ? Cette question est d'autant plus surprenante qu'elle dénote une incompréhension des règles de fonctionnement à la fois de celles du patrimoine familial et de celles des successions. Le patrimoine familial découle du régime primaire et est imposé dès lors par le législateur. La dévolution testamentaire découle de la volonté du testateur. Il n'y a pas incompatibilité de l'un et de l'autre. Serait-il dès lors possible de modifier par le jeu des volontés testamentaires les modalités d'évaluation et de liquidation des biens du patrimoine familial alors que le patrimoine familial est d'ordre public ? Serait-il possible par le jeu de legs testamentaires de soustraire un bien du patrimoine familial ? Rappelons que cette question met en jeu les règles fondamentales du patrimoine familial et des legs testamentaires. N'oublions pas qu'aux termes de l'article

181. *Valiquette c. Trust Général du Canada*, [1970] C.S. 579, 583. Le professeur Charron soutient une interprétation différente : il y voit deux legs à titre universel. Voir Camille CHARRON, « L'accroissement et le legs universel ou à titre universel », (1975) 35 *R. du B.* 364-373. Voir pour une présomption de fait d'égalité entre les héritiers *Desbarats c. Desbarats*, [1953] B.R. 765.

654 C.c.Q., « la vocation successorale du conjoint survivant n'est pas subordonnée à la renonciation à ses droits et avantages matrimoniaux ». Rappelons que cette règle remonte à la reconnaissance du patrimoine familial et à l'abrogation de l'option obligatoire entre les droits découlant des avantages matrimoniaux et successoraux¹⁸². Le cumul est désormais admis depuis le 1^{er} juillet 1989 et fait partie intégrante du droit québécois. Le conjoint survivant a droit de réclamer la valeur du patrimoine familial, calculée d'après la volonté imposée du législateur et comprenant tous les biens inclus dans la masse du patrimoine familial et croire que le testateur puisse soustraire un bien de ce calcul en le laissant par testament à son conjoint découle d'une incompréhension élémentaire des règles du patrimoine familial. Le conjoint peut disposer à cause de mort et à son entière discrétion¹⁸³ de ses droits dans le patrimoine familial ou des biens du patrimoine familial immatriculés en son nom. Le conjoint peut en disposer par un legs universel, à titre universel ou à titre particulier. À défaut d'être visés par un legs à titre particulier ou d'être compris dans le legs universel résiduaire, ces droits au partage du patrimoine familial sont compris dans le legs à titre universel des biens meubles. Le tribunal, dans l'affaire *Hopkinson*, l'indique d'ailleurs en ces termes : « À défaut de legs particuliers, leurs droits dans le patrimoine familial seront transmis à leurs héritiers à titre universel ou ultimement à leurs héritiers légaux »¹⁸⁴. De même, le conjoint peut léguer ses biens compris dans le patrimoine familial par des legs de toutes espèces. C'est à juste titre que le tribunal souligne qu'il faut distinguer « la liberté de tester et d'inclure un bien faisant partie du patrimoine familial dans son testament de la créance qui est née en faveur des époux lors du partage du patrimoine »¹⁸⁵. Sont vraiment des droits différents quant à leur nature et quant à leur portée, les legs respectifs des droits au partage du patrimoine familial et aux biens familiaux : le legs des droits au partage du patrimoine familial est essentiellement celui d'un droit de créance et le legs des biens familiaux celui d'un droit de propriété. Le tribunal poursuit sa réflexion en précisant que « [l]e droit de tester ne peut modifier le résultat final du calcul de la créance de chaque

182. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, art. 25.

183. Voir également, au même effet, *Daigle c. Les héritiers de feu Marie Bélisle-Sideleau*, [1992] R.D.F. 681, 685 (C.S.).

184. *Hopkinson c. Royal Trust Company*, [1996] R.D.F. 404 ; [1996] R.J.Q. 728 (C.S.).

185. *Ibid.*

époux dans le patrimoine »¹⁸⁶. Il ne faut pas oublier que les droits sont liquidés en suivant un ordre décroissant prioritaire soit la liquidation de la valeur nette du patrimoine familial ; celle du régime matrimonial puis celle des legs à titre particulier et enfin de la succession aux héritiers testamentaires ou légataires¹⁸⁷. Il faut ajouter également que les droits des époux dans le patrimoine familial sont essentiellement transmissibles¹⁸⁸.

Voilà que le juge, dans sa recherche de l'intention du testateur, adopte en général une attitude de vouloir préserver le legs. La règle primordiale de l'intention du testateur lui permet de prendre certaines libertés ou de soutenir certains assouplissements. Le juge s'écartera de la règle de droit positif supplétif en invoquant la primauté de l'intention du testateur. En d'autres circonstances, la nature de l'institution choisie sera un frein à cette discrétion du juge comme également les principes de l'ordre public. Il y a à tout le moins une invitation pour le rédacteur d'un testament à bien connaître les institutions juridiques mais aussi à avoir un vocabulaire qui transcende les mots et les termes. Le juge ne sera pas dans le vent sauf pour percevoir l'intention du testateur. Le conseiller juridique devrait tout autant éviter les mots ou les institutions dans le vent pour bien disposer des biens concernés en conformité des volontés du testateur et des dispositions diverses du droit.

186. *Hopkinson c. Royal Trust Company*, [1996] R.D.F. 404 ; [1996] R.J.Q. 728 (C.S.). Ce même raisonnement est suivi dans l'affaire *Roy c. Bédard*, [2001] R.J.Q. 644 (C.S.), *contra* : *Brault c. Charade*, J.E. 96-1691 (C.S.). Le tribunal voit dans le legs à titre particulier des régimes de retraite à l'épouse survivante le paiement de la créance découlant du patrimoine familial et une volonté de soustraire ces régimes de retraite du calcul du patrimoine familial.

187. *Roy c. Bédard*, [2001] R.J.Q. 644 (C.S.).

188. *Lamarche c. Olé-Wildhom*, J.E. 2002-867 (C.A.) ; J.E. 2002-867 (C.A.) ; [2002] R.D.Q. 219 (C.A.) ; *Simard c. Beaulieu*, J.E. 2002-2030 (C.S.) ; *Roy c. Roy Ramdial*, J.E. 2001-1520 (C.S.).