

**LA LIBERTÉ DE TESTER :
ÉVOLUTION ET RÉVOLUTION
DANS LES REPRÉSENTATIONS
DE LA DOCTRINE QUÉBÉCOISE***

par Christine MORIN**

La doctrine affirme généralement que l'évolution des normes juridiques en matière de liberté de tester dépend de l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine dans une société. Dans cet article, l'auteure étudie comment cette évolution s'est traduite dans la doctrine québécoise.

L'étude rappelle que la liberté illimitée de tester – une liberté «imposée» par les Anglais – a été largement critiquée par la doctrine parce qu'elle faisait fi de la famille du défunt. L'étude montre cependant comment cette même liberté de tester a d'abord été «encensée» par la doctrine – cette fois-ci, à titre de principe du droit civil québécois – parce qu'elle correspondait à une conception personnelle de l'appartenance du patrimoine.

It is generally held in legal doctrine that juridical norms relating to testamentary freedom evolve as a reflection of a society's conceptualization of the family and of the notion of ownership. In this article, the writer examines how this evolution has found its place in Québec doctrine.

The article underlines that the unfettered freedom of disposition by will - a freedom «imposed» through the influence of English law - has been widely criticized in legal literature because of an inherent disregard for the family of the deceased. The writer points out how originally, the principle of freedom of willing was enthusiastically embraced by legal writers because it was viewed as a principle of Québec civil law in that it reflected an individualistic approach to patrimonial ownership.

*. L'auteure remercie les professeurs Alain Roy, Pierre Noreau et Sylvio Normand pour avoir accepté de lire et de commenter une première version de ce texte. Elle remercie également le Fonds québécois pour la recherche sur la société et la culture (FQRSC) et la Chambre des notaires du Québec pour leur aide financière.

** Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

1.	Une représentation familiale du patrimoine qui justifie l'imposition de restrictions	345
1.1	Des volontés morales en présence d'une famille	347
1.2	Une protection minimale de l'époux survivant et des enfants	354
1.3	Une reconnaissance de l'apport de l'époux à l'accumulation des biens	363
2.	Une représentation individualiste du patrimoine qui justifie la liberté illimitée de tester	369
2.1	Une conséquence logique de la propriété	370
2.2	Une liberté qui vient du droit naturel.....	374
2.3	Un principe du droit civil québécois.....	378
	Conclusion	383

La doctrine mentionne fréquemment que la loi évolue – et qu'elle doit évoluer – avec la société qu'elle régit. Ce faisant, la doctrine reconnaît que le droit n'est pas «naturel», «universel» ou «inévitabile»; qu'il peut être considéré comme un «artefact culturel»¹, un produit de la réalité sociale². C'est le cas, notamment, en matière de droit qui concerne la famille où les tendances socialement valorisées d'ordre non juridique sont souvent déterminantes lorsqu'il s'agit de l'évolution de la loi³.

Plus précisément en matière de droit successoral, les juristes considèrent généralement que l'état du droit dépend de la conception que les membres d'une société se font de la famille et de la propriété à une époque donnée. Plusieurs exemples de cette association des concepts de *famille* et de *patrimoine* sont donnés

-
1. Douglas Litowitz, «The Social Construction of Law: Explanations and Implications» (2000) 21 *Studies in law, Politics and Society* 215 à la p. 217 [Litowitz].
 2. Quelques exemples où le droit est étudié à ce titre : Litowitz, *ibid.* nn. 1, 217, 219, 228; Louis Assier-Andrieu, «Le juridique des anthropologues» (1987) 5 *Dr. et Soc.* 89 à la p. 91; Donald Poirier, *La protection des personnes âgées. Étude socio-juridique comparée du Nouveau-Brunswick et des provinces canadiennes*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 1993 à la p. 50 [non publié]; Lucie Lemonde, *L'émergence et l'impact du droit carcéral*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 1995 [non publié]; Bjarne Melkevik, «Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations pratiques» dans Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1998 à la p. 19; Pierre Noreau, «La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire» (2000) 19 *Politique et Sociétés* 153.
 3. Louis Baudouin, «La réception du droit étranger en droit privé québécois» dans Centre National de la Recherche Scientifique, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Cujas, 1963, 3 à la p. 22 [Baudouin, «La réception du droit étranger»]. Que ce soit en matière de droit de la propriété ou de droit de la famille, les auteurs ont souvent reconnu les liens qui existent entre le contenu de la législation et les représentations sociales. Michel Pourcelet, «L'évolution du droit de propriété depuis 1866» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t.II, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 3.

dans la doctrine en droit successoral⁴. Par exemple, Vialleton et Raucent expliquent que les grandes idées qui commandent la succession sont les notions de famille et de patrimoine⁵. Dans le même sens, Scott écrit que le droit successoral touche principalement à deux institutions de la société : la famille et la propriété privée⁶. Encore aujourd'hui, cette idée est réaffirmée par des auteurs comme Brière qui estime que «l'évolution du droit successoral a nécessairement été influencée par la mutation des conceptions de la famille et de la propriété⁷» ou comme Grimaldi qui explique que ce droit «réfléchit l'évolution respective du droit de la famille et du patrimoine : signe qu'il se trouve sous leur dépendance⁸».

-
4. Mireille D. Castelli, *Patrimoine et conjoint : L'évolution comparée de la place du conjoint dans la famille en France et au Québec à travers le droit des successions et des libéralités*, thèse de doctorat, Québec, École des gradués, Université Laval, 1972, aux pp. 4-5 [Castelli, *Patrimoine et conjoint*]; André Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, France, L.G.D.J., 1960, n° 43 aux pp. 49-50 [Morel, *Les limites*]. Colette Carisse, «La liberté de tester : le point de vue du sociologue» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t.I, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 109 [Carisse]. Cette sociologue a écrit que la liberté testamentaire met en cause «l'organisation même de la vie familiale de même que notre idéologie sur la propriété privée».
 5. Léon Raucent, *Les successions : Droit patrimonial de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p. 35; Henri Vialleton, «Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le Code civil» dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t.II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 577 à la p. 580.
 6. Francis Reginald Scott, «The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes» dans *Le droit civil français, Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, Paris/Montréal, Le Barreau de Montréal/Sirey, 1936 [le droit civil français] aux pp. 177-178 [Scott].
 7. Germain Brière, *Droit des successions*, 3e éd. revue et mise à jour par Jacques Beaulne, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 à la p. 6 [Brière, *Droit des successions*].
 8. Michel Grimaldi, *Droit civil : Successions*, 6e éd., Paris, Litec, 2001 au n° 8 à la p. 6 et n° 14 à la p. 10 [Grimaldi]. Grimaldi souligne également que le droit patrimonial de la famille est non seulement le reflet mais aussi l'instrument d'une évolution du droit de la famille et du droit du patrimoine.

Des auteurs établissent également un lien entre la liberté de tester et la signification accordée à la famille et au patrimoine en comparant le droit romain et le droit coutumier. En droit romain, une nette prépondérance aurait été accordée à la liberté de disposer de ses biens à son décès en raison de la valorisation du droit de propriété alors qu'au contraire, en droit coutumier, cette liberté de disposition aurait été limitée en raison de la valeur conférée aux droits et aux devoirs familiaux⁹.

La doctrine classique se rallie donc à l'idée qu'il existe des liens étroits entre l'évolution de la liberté de tester et l'évolution des représentations sociales de la *famille* et du *patrimoine*¹⁰. Selon les différentes études réalisées, l'état du droit successoral peut être considéré comme le résultat de la recherche d'un certain équilibre entre la famille et le patrimoine. Cet équilibre varierait selon le poids accordé par une société aux enjeux matériels et symboliques qu'elle associe à la famille et au patrimoine¹¹.

-
9. Grimaldi, *ibid.* n° 50-51 aux pp. 43-45; André Morel, «L'apparition de la succession testamentaire. Réflexions sur le rôle de la jurisprudence au regard des codificateurs» (1966) R. du B. 499 à la p. 505; M. Nuyens, «La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain» dans Travaux des journées d'études Jean Dabin, *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p. 257.
 10. Voir Denise Jodelet, «Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie» dans Serge Moscovici, dir., *Psychologie sociale*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 357 à la p. 361. Le concept de «représentation sociale» désigne «une forme de connaissance spécifique, le savoir de sens commun, dont les contenus manifestent l'opération de processus génératifs et fonctionnels socialement marqués. Plus largement, il désigne une forme de pensée sociale». Bien entendu, nous ne prétendons pas que les représentations sociales de la famille et du patrimoine sont les «seules» variables déterminantes en matière de droit successoral.
 11. Alain Sériaux, «La notion juridique de patrimoine : Brèves notations civilistes sur le verbe avoir» dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 311 à la p. 322. Mentionnons que Sériaux va même jusqu'à proposer que le critère ultime de la «patrimonialité» serait la vocation successorale du bien.

Au Québec, la liberté de tester a été introduite formellement dans le droit québécois en 1774 par l'Acte de Québec¹² et cette liberté a longtemps été qualifiée de «illimitée»¹³. Aujourd'hui cependant, même si les testateurs québécois ont toujours la liberté de régler la dévolution de leurs biens comme ils le souhaitent, ils ne peuvent ignorer les droits de leur conjoint dans le patrimoine familial¹⁴, pas plus qu'ils ne peuvent négliger les besoins de leurs créanciers d'aliments¹⁵. Dans les faits, la liberté de tester n'est donc plus «illimitée».

La doctrine soutenant que l'évolution des normes juridiques en matière de liberté de tester dépend de l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine, nous avons voulu étudier comment cette évolution s'est traduite dans la doctrine québécoise¹⁶. Pour ce faire, nous avons analysé la

-
12. *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.
 13. J. Émile Billette, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Excelsior, 1933 au n° 27 à la p. 19 [Billette, *Traité théorique*]; Germain Brière, *Les Libéralités*, 8e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 au n° 24 à la p. 29; Albert Mayrand, *Traité élémentaire de droit civil, Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971 au n° 3 à la p. 4 [Mayrand]; Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théorêt, 1899 à la p. 236 [Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4]; Louis Pratte, «L'intervention législative et la liberté de tester : la leçon du droit comparé» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil*, t. I, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 119 [Pratte]; Hervé Roch, *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 aux pp. 272-274; Morel, *Les limites*, supra note 4 aux pp. 1-2. Dans sa thèse publiée en 1960, Morel explique que la liberté de tester au Québec est passée à l'état d'axiome et de postulat incontesté. Soulignons que le *Code civil du Bas Canada* utilise l'expression «liberté absolue de tester», à l'article 839.
 14. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art. 416 [C.c.Q.]. Rappelons que le décès d'un époux - ou d'un conjoint uni civilement - est l'un des cas où la valeur du patrimoine familial doit être partagée.
 15. *Ibid.* Art. 684-695.
 16. Par la doctrine, nous référons ici à l'«ensemble des ouvrages juridiques», conformément à l'une des définitions données à ce terme par l'Association Henri-Capitant. Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6^e

doctrine québécoise publiée entre le moment de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* et celui de la présentation du premier projet de loi destiné à réformer le droit successoral québécois dans le nouveau Code civil¹⁷. Ce sont les résultats de cette analyse que nous présenterons dans les pages qui suivent.

Nous verrons d'abord que dès les années 1930, une partie de la doctrine critique largement la liberté de tester – une liberté qu'elle dit «imposée» par les Anglais – qui fait fi de la famille (1)! Nous montrerons cependant ensuite que ces critiques taisent généralement le fait que la liberté illimitée de tester a d'abord été encensée par la doctrine – à titre de principe du droit civil québécois –, au nom du respect de la propriété privée (2).

L'étude des représentations sociales tirées de la doctrine québécoise est utile parce qu'elle permet de mieux comprendre l'évolution législative des normes relatives à la liberté de tester au Québec. Elle l'est également parce qu'elle révèle qu'en matière d'évolution des normes, le respect de la tradition civiliste est tantôt un impératif, tantôt une considération secondaire.

1. Une représentation plus familiale du patrimoine qui justifie l'imposition de restrictions

Il est utile de rappeler que le cadre général du droit successoral québécois tire ses origines du droit français, mais que la primauté qu'il accorde à la liberté de tester provient du droit

éd., Association Henri-Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2004 à la p. 319.

17. P.L. 107, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, 3^e sess., 32^e lég., Québec, 1982 (présentation 17 décembre 1982, mort au feuillet). Pour une étude critique de ce projet de loi, voir Mireille D. Castelli, «Les grandes lignes du projet de loi no 107, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions; présentation, et critiques» (1983) 85 R. du N. 387 et Jacques Beaulne, *Les régimes de désignation et de cessation des fonctions du liquidateur dans le P.L. no 107 portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université d'Ottawa, 1985 [non publié].

anglais¹⁸. En effet, après avoir été restreinte sous la Coutume de Paris¹⁹, la liberté de tester a été officiellement introduite dans le droit canadien par l'Acte de Québec²⁰. En 1801, une nouvelle loi était adoptée afin de confirmer la liberté de tester sans aucune réserve ni restriction et, par le fait même, de supprimer les incertitudes qui résultaient de la rédaction de l'Acte de Québec²¹.

Dès les années 30 cependant, une partie de la doctrine condamne la liberté absolue de tester. S'il n'y a pas de consensus quant à la définition exacte du problème posé par la liberté de tester ni quant à la façon d'intervenir pour régler le problème, plusieurs auteurs qualifient néanmoins la liberté testamentaire de «problème du droit successoral québécois».

Certains auteurs insistent sur l'importance du caractère moral de la législation qui concerne la famille (1.1), d'autres s'inquiètent de l'absence de règles permettant d'assurer une

-
18. Germain Brière, *Précis du droit des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 au n° 260 à la p. 179. Le professeur Brière souligne que dans l'étude du testament, la liberté est «probablement sa caractéristique prédominante».
 19. Yves F. Zoltvany, «Esquisse de la Coutume de Paris» (1971) 25 R.H.A.F. 365 à la p. 381 [Zoltvany]. Rappelons que la Coutume de Paris délimite le pouvoir de tester des habitants de la Nouvelle-France par différentes règles impératives, comme c'est le cas en France. La Coutume témoigne d'une conception *lignagère de la famille et du patrimoine*. À titre d'exemples, voir les articles 292, 296 et 298 de la Coutume de Paris.
 20. *Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec de l'Amérique Septentrionale (An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America)*, 14 Geo. III, c. 83, art. X. Le reste du droit familial et successoral demeurerait cependant régi par le droit civil français, c'est-à-dire par la Coutume de Paris.
 21. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, c. 4; Morel, *Les limites*, supra au note 4 n° 30 à la p. 35. André Morel affirme que la loi de 1774 avait engendré un véritable «imbroglio». Voir aussi Evelyne Kolish, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : attitudes et réactions des contemporains*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1980 aux pp. 322-338 [non publié] [Kolish].

protection économique minimale de l'époux survivant et des enfants (1.2) alors que d'autres encore se questionnent sur le caractère conjugal du patrimoine accumulé par les époux pendant leur vie commune (1.3). Dans tous les cas, c'est l'individualité du patrimoine – ou une conception purement *personnelle* du patrimoine²² – qui est remis en question eu égard à la famille.

1.1 Des volontés morales en présence d'une famille

Plusieurs passages de la doctrine québécoise révèlent l'intérêt porté à la «moralité» des normes relatives à la famille par certains auteurs.

Au moment de la première codification du droit civil québécois, les codificateurs notent que la loi pose déjà «le principe de la liberté absolue de tester»²³. Cette règle est donc celle qui est réitérée à l'intérieur du Code civil puisque le mandat des codificateurs est d'écrire le droit en vigueur²⁴. Néanmoins, le texte relatif à la liberté de tester qui est proposé par les codificateurs contient une mention relative à la prohibition des «dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs» qui

22. Voir Mireille D. Castelli, «L'évolution du droit successoral en France et au Québec» (1973) 14 C. de D. 411 et Castelli, *Patrimoine et conjoint*, supra note 4. Nous empruntons cette typologie à la professeure Castelli qui distingue trois conceptions du patrimoine : lignagère, personnelle et conjugale. La conception lignagère du patrimoine serait fondée sur les liens du sang, ce qui aurait pour effet d'exclure qu'une personne puisse avoir des droits dans le patrimoine de son conjoint. La conception personnelle du patrimoine tient au fait que seul le propriétaire a des droits sur ses biens, il est donc libre d'en faire ce qu'il veut. La conception conjugale tient compte, pour sa part, de la destination conjugale de certains biens accumulés par une personne.

23. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865 à la p. 168 [*Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*].

24. *Ibid.*; *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, Statut 20, c. 43; Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 2, Montréal, A. Périard, 1889 aux pp. 275-276 [Lareau].

était absente des statuts²⁵. Si la liberté de tester est absolue, cet ajout vient confirmer que les codificateurs jugent qu'elle doit néanmoins s'exercer à l'intérieur de balises fixées par l'ordre public et les bonnes mœurs.

Mignault explique aussi que «cette liberté est *illimitée* comme toute autre liberté bien ordonnée. C'est-à-dire, elle n'a d'autres limites que celles que la loi, les bonnes mœurs et l'ordre public lui tracent»²⁶. Il ajoute toutefois qu'il restera à vérifier, notamment dans le cas de legs entre concubinaires, «si le testament n'est pas atteint du vice de la suggestion ou de la captation»²⁷. Malgré le fait que Mignault valorise l'autonomie de la volonté du propriétaire relativement à ses biens, il signale l'importance de la validité du consentement du testateur et du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs.

La première véritable critique de la liberté de tester que nous avons retrouvée dans la doctrine québécoise est cependant l'œuvre de J. Émile Billette. Dans un ouvrage publié en 1933, Billette qualifie la liberté de tester de :

Principe immoral que n'ont connu que la civilisation anglo-saxonne et la barbarie des Romains de la loi des Douze Tables, et qui permet à un testateur avili, d'oublier les siens en faveur d'une prostituée quelconque! Il est triste que la famille canadienne-française, cellule d'un ordre social qu'on se plaît à admirer et envier, soit constamment en butte aux principes les plus

25. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, supra note 23 art. 82 (qui deviendra l'article 831 C.c.B.C.). Ce changement sera souligné par différents auteurs dont Morel. Selon lui, cette référence aurait dû conduire à une interprétation de la liberté de tester qui soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Voir Morel, *Les limites*, supra note 4.

26. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4, supra note 13 à la p. 236.

27. *Ibid.* à la p. 259.

pervertissants et exposée à en absorber les miasmes délétères.²⁸

Billette ne cache pas son profond désaccord avec la norme juridique relative à la liberté testamentaire qu'il juge immorale et il ne manque pas de rappeler que la liberté testamentaire a été imposée aux Québécois par les Anglais²⁹! Selon Billette, l'immoralité de la liberté illimitée de tester s'explique par son origine anglo-saxonne³⁰.

Il explique également que l'état social requiert que des restrictions soient apportées au droit de propriété, notamment lorsqu'il est question de la transmission des biens au décès³¹. Il juge que le droit positif doit être une transposition du droit naturel, mais qu'il doit aussi respecter certaines règles morales³².

Soulignons que Billette ne s'oppose toutefois pas de façon générale à la liberté testamentaire. Notamment, il est favorable à la faculté accordée au testateur de faire des legs dont la validité

28. Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 avant-propos et au n° 27 à la p. 19. Billette, qualifie également la liberté testamentaire de «principe de licence» n° 95 à la p. 67 et n° 128 à la p. 88.

29. *Ibid.* au n° 27 à la p. 19. Scott souligne aussi que les Anglais sont responsables de la liberté de tester. Scott, *supra* note 6 à la p. 178.

30. Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 au n° 27 à la p. 19. Quant à ceux qui souhaitent voir disparaître les anciennes restrictions françaises en matière de donations sous prétexte d'illogisme avec le droit successoral, Billette réplique qu'il s'agit là d'une «hallucination bien caractéristique d'une formation intellectuelle essentiellement fautive et d'un cerveau rompu au fin jeu de balançoire». Pour cet auteur, la cohérence de l'ensemble du droit des libéralités ne doit pas exister au détriment d'un certain ordre fondé sur des considérations morales.

31. *Ibid.* au n° 3 aux pp. 2-3.

32. *Ibid.* au n° 2 à la p. 2. Du point de vue de Billette, «le droit positif n'est ou ne devrait être que l'expression ou la confirmation du droit naturel». Il ajoute que le droit de disposition à titre gratuit n'est «pas une création artificielle du législateur. Il est une conséquence nécessaire ou plutôt un élément essentiel du droit de propriété, et puisé aux mêmes sources». Notons immédiatement que cette représentation du droit est aussi partagée par des auteurs en faveur de la liberté absolue de tester. *Infra* partie 2.2.

est subordonnée à une condition telle la religion du légataire, Billette ne voyant «rien d'immoral, d'illégal, d'anti-social» dans le fait de donner ses biens à ceux, parmi ses enfants, qui sont de religion catholique ou protestante³³. La morale défendue par Billette tient surtout à une certaine protection de la famille «légitime».

Évidemment, tous ne partagent pas l'avis de Billette³⁴, mais quelques années plus tard, des juristes se joignent à lui pour dénoncer «l'immoralité» de la liberté de tester. Certains de ces auteurs remettent en cause l'interprétation de l'article 831 du *Code civil du Bas Canada* qui est faite par les tribunaux. Selon eux, les tribunaux n'accordent pas suffisamment d'importance à la mention «sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs» prévue à cette disposition législative qui pose la règle de la liberté de tester³⁵. Ils considèrent que cette mention devrait permettre de limiter la liberté des testateurs qui enfreignent l'ordre public et les bonnes mœurs par leurs dispositions testamentaires, et ce, sans qu'on ait à modifier le Code civil. Comme Billette, ces auteurs voient un problème de moralité dans l'exercice qui peut être fait de la liberté illimitée de tester.

À titre d'illustration de legs que ces auteurs jugent contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ils donnent l'exemple du legs universel en faveur d'une concubine au détriment d'une épouse légitime³⁶ et celui du legs à un enfant

33. *Ibid.* au n° 116 à la p. 81.

34. D'autres auteurs soulignent plutôt que les codificateurs n'ont suggéré aucune modification à la liberté de tester qui était un système «profondément entré dans les mœurs et parfaitement adapté à notre mentalité». Joseph Sirois, «Liberté de tester – quotité disponible – partage», *Le droit civil français, supra* note 6 à la p. 225.

35. Edouard Fabre-Surveyer, «Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil» (1953) 13 R. du B. 245 [Fabre-Surveyer, «Un cas d'ingérence»]; Edouard Fabre-Surveyer, *Le Code civil canadien et le droit anglais en matière de testament*, Québec : s.n., 1930; Morel, *Les limites, supra* note 4; Gertrude Wasserman, «Case and Comment» (1952) 30 Can. Bar Rev. 189 [Wasserman].

36. Fabre-Surveyer, *supra* note 35 à la p. 250. L'auteur cite un jugement qu'il a rendu à ce sujet, soit *Vaudreuil c. Falardeau*, [1950] R.P. 193.

adultérin alors que l'épouse légitime et ses enfants seraient déshérités³⁷. Ces auteurs souhaitent qu'on améliore le droit successoral québécois en restreignant la liberté des testateurs grâce à une réorientation de la jurisprudence qui a majoritairement reconnu la validité de tels legs. Encore une fois, le discours de ces auteurs révèle qu'ils se représentent le droit comme un moyen d'assurer une certaine moralité ou un certain ordre familial et social. Wasserman va jusqu'à mentionner que lorsque le droit de propriété entre en conflit avec la protection de la famille, c'est le droit de propriété qui devrait céder³⁸.

Dans sa thèse, où il étudie les dispositions et les conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans lesquelles le Code civil «enserme la liberté de tester», Morel explique que c'est notamment parce que le système juridique québécois est d'origine française qu'il est possible d'envisager des limites à la liberté testamentaire³⁹. Selon lui, seule une reconnaissance des notions québécoises de bonnes mœurs et d'ordre public peut opérer un renversement de la jurisprudence et limiter la portée de l'article 831 du *Code civil du Bas Canada*⁴⁰. Percevant une évolution dans

37. Wasserman, *supra* note 35 aux pp. 193-194. Wasserman critique la décision *H. et al. c. Dame T. & Prudential Insurance Co.*, [1949] C.S. 281 où on a considéré valide le legs universel en faveur d'une concubine au détriment des frères et sœurs du défunt. Elle rappelle également la décision *King c. Tunstall*, (1875) 20 L.C.J. 49 où on a confirmé la validité d'un legs en faveur d'un enfant adultérin. Voir aussi Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 11 aux pp. 14-15 et n° 73 aux pp. 89-90.

38. Wasserman, *supra* note 35 à la p. 195. Soulignons immédiatement qu'il s'agit d'un changement fondamental par rapport aux discours des juristes des années précédentes qui donnaient la priorité à la propriété privée. *Infra* partie 2.

39. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 à la p. 1. Dans la même période, voir la thèse de Renaud De Bottini qui considère que la règle de la liberté illimitée de tester est démodée et inadaptée au nouveau milieu juridique et même «gênante» pour la société. 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 au n° 129 à la p. 148.

40. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 n° 11 à la p. 15. Voir aussi André Cossette, «Les notions d'égalité et de discrimination dans le droit successoral de la province de Québec» (1963) 65 R. du N. 431 à la p. 441.

les mœurs depuis la Seconde Guerre Mondiale qu'il considère responsable de l'augmentation du nombre d'abus dans l'exercice de la liberté de tester, Morel craint que la liberté illimitée devienne «un principe de licence⁴¹». Cette idée selon laquelle il y aurait eu un changement dans les mœurs sera abondamment reprise par les auteurs qui s'interrogeront sur la pertinence de la liberté testamentaire à la suite de Morel⁴². Encore une fois, la question de la moralité des dispositions testamentaires est centrale. Morel explique :

[...] il existe certainement une morale de droit civil, nous voulons dire des règles que le droit a empruntées à la morale et s'est appropriées comme siennes, mais cette morale juridique est, par suite des circonstances particulières du milieu, si proche de la morale chrétienne que la distinction entre les deux ne ressort pas toujours avec toute la netteté qu'on pourrait exiger dans d'autres circonstances.⁴³

Lors du congrès international de l'Association Henri-Capitant qui a lieu au Québec en 1958, Louis-Philippe Pigeon plaide en faveur de l'introduction de restrictions législatives à la liberté testamentaire afin de «redresser le grand nombre d'injustices, la plupart scandaleuses, auxquelles la liberté illimitée

Cossete se montre favorable à cette thèse et souhaite une nouvelle interprétation de l'article 831 C.c.B.C. par les tribunaux.

41. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 73 à la p. 90; Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 au n° 128 à la p. 88. Soulignons que Morel reprend le même vocabulaire que Billette qui, quelque trente ans plus tôt, qualifiait la liberté illimitée de tester de «principe de licence plus que de liberté».
42. Pourtant, Jacques Flour, souligne que les statistiques données par Morel «ne sont pas quantitativement impressionnantes», non sans ajouter qu'il «y a des choses qui ne sont pas très inquiétantes au début et qui, si on laisse faire, le deviennent rapidement». Jacques Flour, «Discussion» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961 à la p. 488.
43. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 72 aux pp. 88-89.

de tester donne naissance»⁴⁴. Il souligne le «formidable illogisme» par lequel la législation québécoise ignore le «devoir moral du père de famille de pourvoir dans la mesure de ses moyens à la subsistance de son épouse et de ses enfants après son décès» alors que ce même devoir est sanctionné de son vivant⁴⁵. Selon lui, il s'agit de reconnaître que l'obligation alimentaire est une question d'ordre public⁴⁶.

Pour ce qui est du rapporteur général sur les successions testamentaires, Louis Baudouin, il conclut «avec la majorité des rapporteurs qu'il serait souhaitable de créer par voie législative une sorte de réserve québécoise, afin d'élever une barrière contre les abus de plus en plus nombreux»⁴⁷. Il mentionne que les besoins d'une telle réforme se font sentir en raison du «vent d'immoralité qui souffle dans le monde entier» depuis la guerre⁴⁸.

Pour ces auteurs, quelle que soit l'importance que revêt la propriété privée dans le Code civil, elle ne peut contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le modèle normatif établi par le Code civil en la matière semble, dès lors, peu souhaitable pour qui voit le droit comme un gardien de l'ordre social et des mœurs. C'est l'intégralité du droit de propriété qui est, indirectement, remis en question en présence d'une famille.

44. Louis-Philippe Pigeon, «Nécessité de restreindre la liberté de tester» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961 à la p. 674.

45. *Ibid.* à la p. 669.

46. *Ibid.*

47. Louis Baudouin, «Rapport général : les successions testamentaires» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961 à la p. 550 [Baudouin, «Rapport général»]. La réserve a normalement pour but de conserver une portion de la succession pour les lignagers. Voir aussi, deux ans plus tard, Baudouin, «La réception du droit étranger», *supra* note 3 aux pp. 40-43.

48. Baudouin, «Rapport général», *ibid.* à la p. 550.

D'autres auteurs voient aussi la liberté de tester comme un «problème», mais ils posent davantage ce problème dans ses conditions pratiques, que dans ses justifications morales.

1.2 Une protection minimale de l'époux survivant et des enfants

Une partie de la doctrine rejette la liberté «illimitée» de tester parce qu'elle ne permet pas d'assurer une protection économique minimale à l'époux survivant et aux enfants à la suite du décès, et ce, que les volontés du testateur soient morales ou non⁴⁹.

C'est le cas des juristes qui siègent à la Commission sur les droits civils de la femme⁵⁰. Dans leurs rapports, les commissaires expliquent qu'il apparaît «possible et équitable» de donner à la

49. Mentionnons que même avant la codification, Bibaud soulignait que depuis la Conquête, le gouvernement est bien différent de celui qui a implanté les anciennes institutions françaises dans le pays. Il expliquait que «loin de se montrer jaloux de conserver les biens dans les familles, il [le gouvernement] a voulu qu'on pût déshériter ses enfants sans raison en faveur d'un étranger, sans que ces héritiers naturels pussent proférer la moindre plainte». Maximilien Bibaud, *Notice historique sur l'enseignement du droit en Canada*, Montréal, Imprimerie de Louis Perrault et cie, 1862 à la p. 372.

50. Voir Commission des Droits civils de la Femme, *Premier rapport des commissaires*, Québec, 6 février 1930 [Commission, *Premier rapport*]; Commission des Droits civils de la Femme, *Deuxième rapport des commissaires*, Québec, 15 mars 1930 [Commission, *Deuxième rapport*]; Commission des Droits civils de la Femme, *Troisième rapport des commissaires*, Québec, 15 janvier 1931. Pour une présentation des membres de la Commission voir Jennifer Stoddart, «Quebec's Legal Elite Looks at Women's Rights : The Dorion Commission 1929-31» dans David H. Flaherty, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, t. 1, Toronto, Osgoode Society by University of Toronto Press, 1981 aux pp. 334-335 [Stoddart]. Cette commission a précédé l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101 [Loi modifiant le Code civil]. La Commission est composée de Charles-Édouard Dorion, juge à la Cour d'appel et ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, Ferdinand Roy, chef de la magistrature et doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, Joseph Sirois et Victor Morin, tous deux notaires, le premier ancien et le second président contemporain de la Chambre des notaires.

femme et aux enfants du défunt le droit de réclamer des aliments de celui qui continue la personnalité juridique du mari⁵¹. Ils donnent l'exemple d'un riche époux qui déshériterait sa femme et ses enfants qui se retrouveraient alors dans le dénuement, alors qu'un «étranger» recueillerait la succession⁵². Bien que les commissaires considèrent que l'établissement d'une légitime soit impossible, ils croient qu'une prolongation de l'obligation alimentaire ne ferait pas «trop grande violence aux principes»⁵³. De façon surprenante, les commissaires se montrent ouverts à un mécanisme de protection de l'époux et des enfants surtout utilisé dans les pays de common law pour corriger la liberté de tester. Soulignons toutefois que cette mesure a le net avantage de restreindre les droits du propriétaire sur ses biens de façon moins importante que la réserve ou la légitime – des mécanismes de droit civil –, tout en permettant de s'assurer que la femme et les enfants puissent subvenir à leurs besoins⁵⁴. Mentionnons également que, contrairement à ce que proposaient les auteurs mentionnés précédemment relativement à l'interprétation de l'article 831 du

-
51. Commission, *Deuxième rapport*, *ibid.* note 50 aux pp. 7, 27. Les commissaires relèvent notamment l'inconvénient de la séparation de biens qui permet au mari de léguer sa fortune aux personnes de son choix et de n'en rien laisser à sa femme «qui pourtant, par sa collaboration, par son travail d'intérieur, souvent même par l'aide qu'elle aura apportée directement au commerce, aura contribué autant que lui à édifier cette fortune».
52. *Ibid.* à la p. 26.
53. *Ibid.*; Brière, *Droit des successions*, *supra* note 7 à la p. 7; *supra* note 36. La légitime est un mécanisme qui garantit aux descendants du défunt la moitié de ce qu'ils auraient reçu de leur ascendant si ce dernier n'avait fait aucune donation entre vifs ni libéralité à cause de mort.
54. Cette suggestion des commissaires ne sera cependant pas retenue. Voir *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 50. Sur la perception de cette proposition par le gouvernement de l'époque, voir Correspondant de la Presse, «Le comité des bills publics étudie le bill relatif aux droits civils de la femme» *La Presse* (25 février 1931) à la p. 3; «Modifications à notre droit civil» *L'Événement* (26 février 1931) aux pp. 3, 8; Abel Vineberg, «Women's Rights Measure Metts Hostile House» *The Gazette* (26 février 1931) aux pp. 1, 14; Taschereau, Assemblée législative, *Débats de l'Assemblée législative*, 17^e lég., 4^e sess. (18 février 1931) [version préliminaire].

Code civil du Bas Canada, il n'est plus question de réorienter la jurisprudence, mais bien de modifier le Code civil.

Jean Turgeon fait aussi partie des auteurs qui s'inquiètent du sort de l'époux survivant – ou, plus particulièrement, de celui de l'épouse survivante – et des enfants à la suite du décès. Comme les commissaires, il associe toutefois davantage le problème de la liberté de tester à la subsistance de la famille du défunt qu'à la moralité des volontés du testateur. Après avoir expliqué que les lois qui régissent la condition du mari et de la femme au Québec ne sont «plus en harmonie avec les conditions économiques et les conditions sociales», Jean Turgeon propose différentes modifications législatives qui permettraient d'améliorer l'harmonie entre le code, les mœurs et les conditions nouvelles⁵⁵. Parmi celles-ci, il suggère «de restreindre peut-être la liberté de tester du mari lorsqu'il laisse une femme et une postérité»⁵⁶. Il ajoute qu'on pourrait le faire en limitant la quantité de biens dont le testateur peut disposer dans ce cas afin d'assurer la subsistance de la famille⁵⁷. On constate, ici, le germe d'une *vision plus familiale* – ou

55. Jean Turgeon, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 aux pp. 147-149 [Turgeon, «Condition»].

56. Jean Turgeon, «Exposé de M. Jean Turgeon» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 à la p. 70.

57. *Ibid.*; Turgeon, «Condition», *supra* note 55 à la p. 149. Mentionnons également qu'au cours du même congrès, Armand Lavallée suggère qu'on interdise à l'époux survivant qui se remarie de disposer à titre gratuit des biens qui proviennent de la succession du prédécédé au préjudice des enfants, et ce, même si on contrevient alors au principe de la liberté illimitée de tester. Armand Lavallée, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 aux pp. 155-156. Louis-Philippe Pigeon rappelle également qu'il préconise «le rétablissement de la réserve héréditaire». Voir Louis-Philippe Pigeon, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la*

moins personnelle – du patrimoine chez Turgeon. Ce dernier explique que même s'il faut reconnaître «l'existence d'un droit naturel universel», le droit positif est néanmoins variable et on doit l'adapter aux besoins des peuples et des époques⁵⁸.

Dans un autre texte, Jean Turgeon discute à nouveau de la liberté illimitée de tester, mais cette fois, il insiste davantage sur la nécessité de restreindre la liberté du testateur afin de protéger l'époux survivant et les enfants. Il rappelle qu'en plus d'être «contraire à toute la tradition du droit civil», une telle liberté de tester «vient à l'encontre des principes et de la morale du droit civil»⁵⁹. Il ne croit toutefois pas qu'il soit approprié de recommander l'établissement d'une légitime ou d'une réserve, ce qui constituerait un «changement trop radical et non justifié»⁶⁰. Même si Turgeon juge que la loi doit veiller aux besoins de l'époux survivant et des enfants, il ne croit pas qu'elle doive leur reconnaître des droits dans les biens du *de cuius*.

En revanche, Turgeon se dit en faveur d'une plus grande discrétion des tribunaux auxquels il devrait être permis d'ordonner le transport de certains biens du *de cuius* à l'époux survivant ou aux enfants, l'affectation de propriétés pour le paiement d'une rente ou le paiement d'un capital forfaitaire⁶¹. Encore une fois, les remarques de l'auteur suggèrent qu'il s'agit surtout d'assurer un minimum de protection économique à l'épouse survivante et aux enfants qui sont dans le besoin, plutôt que d'empêcher le testateur de disposer de ses biens en faveur des légataires de son choix.

Jean Turgeon s'inspire de la common law pour proposer ces changements législatifs, expliquant que le type de correctif apporté

culture juridique française, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 à la p. 181.

58. Turgeon, «Condition», *supra* note 55 à la p. 138.

59. Jean Turgeon, «Rétablissement de la légitime sous une forme moderne» (1955) 15 R. du B. 204 aux pp. 205-206.

60. *Ibid.* aux pp. 209-210.

61. *Ibid.*

par les provinces anglaises est celui qui s'adapte le mieux à la législation québécoise puisqu'il permet de ne pas supprimer la liberté de tester tout en restreignant son exercice au profit de l'époux et des enfants⁶². De cette façon, la loi assure un minimum à l'époux survivant et aux enfants tout en préservant, en principe, la *conception personnelle du patrimoine* qui est codifiée. «C'est la reconnaissance du droit familial par la continuation, après le décès, de l'obligation morale d'assistance que le droit naturel impose»⁶³. Si Jean Turgeon a recours à la tradition civiliste pour démontrer l'existence d'un problème avec la liberté illimitée de tester, cette tradition perd son attrait lorsqu'il s'agit de proposer des solutions. Turgeon s'emploie néanmoins à démontrer que la cohérence du code ne serait pas affectée par un tel emprunt à la common law puisque l'obligation alimentaire après le décès permettrait d'assurer une certaine logique entre le droit familial et le droit successoral.

Pour sa part, Henri Turgeon – dans un texte où il exprime son appréciation générale du droit successoral québécois – souligne qu'il faut d'abord assurer la protection de la famille, c'est-à-dire la protection des époux et des descendants⁶⁴. Selon lui, il serait opportun de songer à créer un «droit de participation, nonobstant tout testament contraire, à la succession du *de cuius* dans une proportion variable» en faveur de l'époux survivant et des enfants au premier degré⁶⁵. Ce droit de participation pourrait même être étendu aux autres descendants lorsque leur père ou leur mère est décédé⁶⁶.

Henri Turgeon ne qualifie toutefois pas précisément la forme de ce droit de participation. Il mentionne cependant que le

62. *Ibid.* à la p. 210.

63. *Ibid.*

64. Henri Turgeon, *La succession légitime de la province de Québec*, Montréal, Imprimerie St-Joseph, 1959 au n° 65 à la p. 151 [H. Turgeon]. Son appréciation est également publiée à Henri Turgeon, «Quelques problèmes pratiques de succession légitime» (1958-59) 61 R. du N. 386 à la p. 401.

65. H. Turgeon, *supra* note 64 au n° 65 à la p. 151.

66. *Ibid.*

survivant des époux contre lequel un jugement en séparation de corps a été prononcé ne devrait pas profiter de cette «sorte de réserve»⁶⁷. À nouveau, l'auteur souhaite que la loi oblige le testateur à veiller aux besoins des membres de sa famille après sa mort pour des raisons d'ordre économique, moral et social, comme il doit le faire de son vivant, si ses moyens financiers le permettent.

La nécessité de restreindre la liberté illimitée de tester est rappelée lors des célébrations du centenaire du *Code civil du Bas Canada*⁶⁸. Louis Baudouin profite de son texte sur le droit de la famille pour mentionner que des modifications sont souhaitables afin d'éviter que la liberté testamentaire puisse s'exercer au détriment de la famille légitime⁶⁹. De son côté, le juge Gérard Trudel mentionne qu'il regrette que l'obligation alimentaire cesse au moment du décès sans égard aux besoins des proches du défunt⁷⁰. Dans les deux cas, les auteurs souhaitent que la loi favorise le soutien économique des membres de la famille.

67. *Ibid.* au n° 66 à la p. 152.

68. Au sujet du *Livre du centenaire*, le professeur Normand remarque que ce document «se révèle davantage une mise en accusation qu'un recueil de textes laudatifs». Sylvio Normand, «Le Code civil et l'identité» dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir., *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005 à la p. 633. Nous constatons que c'est, notamment, le cas relativement à la liberté de tester.

69. Louis Baudouin, «La famille face à un code moderne» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t. I., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 61. Dans un autre ouvrage, Baudouin qualifie la liberté testamentaire de «monstre sacré». Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec (Droit civil, droit commercial, procédure civile)*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les systèmes de droit contemporain XXI, Paris, Dalloz, 1967 à la p. 356.

70. Gérard Trudel, «La volonté dans les actes juridiques» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t. II, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 aux pp. 232-233.

La sociologue Colette Carisse et le professeur Louis Pratte souhaitent aussi que cette liberté soit limitée⁷¹. Carisse compare la famille contemporaine et la famille traditionnelle pour expliquer la nécessité de modifier le Code civil, alors que Pratte utilise les différentes conceptions de la famille pour proposer des moyens de régler le problème de la liberté illimitée de tester.

Pratte reprend divers passages de la thèse du professeur Morel pour expliquer que la liberté de tester n'avait pas besoin d'être limitée autrefois en raison de la cohésion familiale qui existait et pour démontrer qu'il est maintenant nécessaire de maintenir cette liberté, mais à l'intérieur de justes limites afin d'éviter les abus⁷². Il conclut qu'une intervention législative est nécessaire si on veut que la famille québécoise soit protégée de façon adéquate contre l'exercice abusif de la liberté testamentaire⁷³.

Selon lui, le législateur québécois doit cependant s'inspirer davantage du modèle de limitation anglais qui vise à secourir certains membres de la famille que du modèle français où le *de cuius* doit assurer à ses proches une part d'héritage, puisque la conception de la famille au Québec est plus proche de la conception anglaise⁷⁴. Pratte précise que la notion de «famille» est plus exigeante en droit français qu'en droit anglais puisque la première représente une communauté de personnes et de biens alors que la seconde ne représente qu'une communauté de personnes⁷⁵. Il ne manque toutefois pas de souligner les problèmes que pourrait engendrer l'importation d'une technique de dette alimentaire après le décès dans le Code civil québécois⁷⁶. Pratte est conscient du fait qu'il s'agit d'importer un mécanisme inspiré par le droit anglais dans un système juridique de tradition française et il s'inquiète de l'incohérence qui pourrait en résulter

71. Carisse, *supra* note 4; Pratte, *supra* note 13.

72. Pratte, *supra* note 13 aux pp. 119-121.

73. *Ibid.* à la p. 122.

74. *Ibid.* aux pp. 125-128.

75. *Ibid.* à la p.125.

76. *Ibid.* aux pp. 126-128.

dans le Code civil. Il considère néanmoins que la liberté de tester doit être restreinte de manière à transposer en droit successoral l'idée de solidarité familiale – ou d'obligation alimentaire entre les membres d'une même famille –, déjà codifiée en matière familiale. De cette façon, la loi serait à la fois plus morale en matière de successions et plus cohérente avec le droit de la famille.

Dans le cadre de la réforme du Code civil, le Comité sur les successions se positionne aussi par rapport à la liberté de tester. Le comité reprend les propos de la thèse de Morel – qui fait partie du comité – pour expliquer que la cohésion sociale ne suffit plus pour garder l'ordre public et les bonnes mœurs⁷⁷. Il cite ensuite différents textes de doctrine pour démontrer que certains ont réclamé que des mécanismes de protection de la famille immédiate du défunt soient mis en place⁷⁸. Le comité explique chercher, à la lumière du droit comparé, quelles sont les personnes «dignes d'être mises à l'abri des libéralités excessives du défunt»⁷⁹.

Le comité estime qu'il faut d'abord protéger le conjoint survivant marié par une réserve héréditaire, car seule la réserve permet d'assurer «le droit minimum de succession que l'on veut garantir au conjoint»⁸⁰. L'étendue de cette réserve doit toutefois varier selon que le *de cuius* laisse ou non des descendants⁸¹. Grâce à cette réserve en faveur de l'époux survivant, le comité souhaite résoudre un problème de droit successoral dénoncé par la doctrine en assurant un minimum de droits à l'époux survivant. Comme la réserve est un droit de succession, il est prévu qu'elle existe quel que soit le régime matrimonial des époux⁸². Le comité

77. Ministère de la justice, *Rapport sur les successions*, Québec, Office de révision du Code civil (Comité du droit des successions), 1976 à la p. 4 [*Rapport Successions*].

78. *Ibid.*

79. *Ibid.* à la p. 6. Ces propos seront repris en 1978 : Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 à la p. 241 [*Rapport Code civil*].

80. *Rapport Successions*, *supra* note 77 aux pp. 6-12, 86-109.

81. *Ibid.* à la p. 8.

82. *Ibid.*

explique à ce sujet qu'il a choisi de considérer les droits qui résultent du régime matrimonial comme des droits acquis des époux⁸³. Il suggère toutefois que les époux puissent renoncer à la réserve à l'intérieur de leur contrat de mariage⁸⁴. Les époux auraient donc toujours la possibilité de conserver leur liberté illimitée de tester, en se soustrayant à la réserve. Le comité préconise ainsi une *conception plus conjugale du patrimoine*, sans l'imposer.

Les membres du comité, se souciant de la cohérence du code avec la tradition civiliste, soulignent que la réserve a l'avantage d'être relativement facile à introduire dans un système juridique de droit civil⁸⁵. En revanche, en ce qui a trait aux descendants du défunt, le comité note qu'il irait à l'encontre des tendances sociales actuelles de leur reconnaître un droit absolu à la succession de leurs parents au moyen d'une réserve⁸⁶. Il observe également que les enfants du *de cuius* peuvent généralement obtenir le soutien de leur parent survivant⁸⁷. Malgré le fait que le comité se préoccupe du respect de la tradition civiliste, on remarque qu'il ne conçoit pas la réserve en faveur des enfants. Pourtant, on sait que la réserve civiliste est habituellement conçue à l'avantage des descendants. Le comité suggère ainsi que les descendants n'ont pas de droit dans les biens de leurs parents, mais que l'époux survivant peut en avoir dans ceux de son conjoint.

Dans son rapport officiel sur l'ensemble du nouveau code publié deux ans plus tard, l'Office de révision du Code civil (ci-après «O.R.C.C.») maintient la plupart des propositions du Comité du droit des successions dont celles de restreindre la liberté du testateur au moyen d'une réserve fixe en faveur de l'époux

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.* à la p. 6.

86. *Ibid.* à la p. 10.

87. *Ibid.*

survivant et de continuer l'obligation alimentaire après le décès⁸⁸. Comme plusieurs auteurs, l'O.R.C.C. souhaite que la loi reconnaisse certains droits dans les biens du *de cuius* aux membres de sa famille immédiate, du moins, jusqu'à concurrence de leurs besoins.

1.3 Une reconnaissance de l'apport de l'époux à l'accumulation des biens

La liberté illimitée de tester – et avec elle, l'absolutisme de la propriété privée – a aussi été remise en question eu égard au *caractère conjugal du patrimoine* accumulé par les époux pendant leur vie commune.

En effet, même si elle ne réclame pas de changements en matière de liberté de tester ni en matière de régimes matrimoniaux, une partie de la doctrine explique néanmoins que l'union d'un homme et d'une femme a nécessairement des effets sur les biens de l'un et de l'autre. Pineau mentionne ainsi que «certains rapports pécuniaires entre les époux sont inévitables»⁸⁹. Bien qu'il croie que l'incidence de l'union des personnes sur les biens de chacun des époux peut être reconnue de plusieurs façons par le droit, Caparros n'en juge pas moins «impossible de constituer un foyer normal sans que les biens des deux époux

88. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol.1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 59-82 aux pp. 138-142; *Rapport Code civil*, supra note 79 aux pp. 241-244. On mentionne également qu'étant donné que la notion de patrimoine familial semble disparue dans notre société, il n'a pas semblé «opportun de limiter en faveur des descendants une liberté de tester dont il apparaît par ailleurs, en pratique, que l'on n'use pas à leur détriment». Pour une présentation de la réforme proposée, lire Madeleine Cantin-Cumyn, «Les traits marquants de la révision du Code civil en matière de successions» (1978) C. P. du N. 145.

89. Jean Pineau, *La famille. Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, P.U.M., 1982 à la p. 106, n. 138; Jean Pineau et Danielle Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984 à la p. 5 [Pineau et Burman].

soient mis d'une certaine façon en commun»⁹⁰. Il ajoute que «dans la réalité et malgré les normes juridiques visant à maintenir l'indépendance des patrimoines, la confusion entre des biens se produira nécessairement»⁹¹. Comtois souligne à ce titre la véracité et la sagesse de la note d'un praticien dans le cadre d'un sondage sur les régimes matrimoniaux qui mentionne «je suis personnellement séparé de biens, mais j'ai toujours vécu en communauté»⁹².

Des auteurs qui s'intéressent au droit de la famille et qui souhaitent remplacer le régime matrimonial légal de la communauté de meubles et acquêts par celui de la séparation de biens préviennent également qu'il serait «très dangereux d'envisager l'adoption d'un régime légal de séparation de biens sans abolir la liberté de tester»⁹³. Tout en reconnaissant les avantages du régime de la séparation de biens quant à la capacité de la femme mariée et à l'égalité juridique des époux, ces auteurs anticipent les problèmes qui pourraient résulter de l'absence de partage des biens.

Dans le rapport de l'O.R.C.C. qui porte sur les régimes matrimoniaux, l'idée d'adopter le régime de la séparation de biens à titre de régime matrimonial légal et de l'assortir d'une liberté de tester limitée par une réserve, une légitime ou une obligation

90. Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985 à la p. 289, n. 447, voir aussi à la p. 2, n. 2 et à la p. 306, n. 468.

91. *Ibid.* aux pp. 2-3.

92. Roger Comtois, «La prestation compensatoire : une mesure d'équité» (1982) 85 R. du N. 367, 380; Sur la réalité du partage entre les époux, voir Lucie Beauchemin, «L'adaptation des contrats de mariage aux impératifs légaux et sociaux d'aujourd'hui» (1983) 5 R.P.F.S. 557 à la p. 568. Le professeur Kasirer discute aussi de l'hypothèse d'un partage de l'avoir familial par les époux dans leur quotidien, voir Nicholas Kasirer, «Testings the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law» (1995) 36 C. de D. 795 [Kasirer].

93. Cette auteure suggère l'adoption d'une légitime pour l'époux survivant et pour les enfants. Réjane Laberge-Colas, «L'incapacité de la femme mariée» (1963) 23 R. du B. 575 aux pp. 588 et 589.

alimentaire *post mortem* est évoquée, mais rejetée⁹⁴. L'O.R.C.C. explique qu'il est difficile de soutenir que des «droits successoraux pourraient remplacer adéquatement les droits matrimoniaux auxquels un conjoint peut prétendre»⁹⁵. Il ajoute que la protection qui résulterait d'un régime matrimonial légal de séparation de biens avec une liberté limitée de tester ne jouerait que lorsque le régime est dissout par décès, «ce qui n'est évidemment pas satisfaisant», puisque le mariage peut être dissout autrement que par le décès⁹⁶. Il est suggéré de promouvoir une certaine «communauté d'intérêts» dès le mariage, mais sans chercher à créer de confusion des patrimoines⁹⁷. Les auteurs du rapport conçoivent donc que le régime de la séparation de biens ne pose pas uniquement un problème à la suite de la dissolution du mariage par décès, mais bien un problème de répartition de la richesse familiale.

Parce que les auteurs reconnaissent une certaine mise en commun des biens dans les faits, ils jugent que la loi doit encourager le partage entre les époux, mais sans l'imposer, étant donné le risque que ce partage obligatoire ne convienne pas dans tous les cas. Si ces auteurs reconnaissent la pertinence et même la nécessité de légiférer relativement au mariage, cette reconnaissance ne va pas au-delà de la suggestion en ce qui a trait au partage des biens. Un constat des auteurs Pineau et Burman nous semble bien résumer les représentations dominantes de la doctrine des années 80 : «le droit de la famille est un droit légal, souvent impératif, alors que le droit du patrimoine est un droit où les volontés individuelles jouent un rôle primordial»⁹⁸, ce avec quoi la majorité des auteurs semblent en

94. Office de révision du Code Civil, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, 5, Montréal, Ministère de la justice, Gouvernement du Québec, 1968 aux pp. 8-10, n. 8.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.* à la p. 10.

97. *Ibid.* Office de révision du Code Civil (Comité des régimes matrimoniaux), *Rapport du comité des régimes matrimoniaux*, I, Montréal, Ministère de la justice, 1966 à la p. 5.

98. Pineau et Burman, *supra* note 89 aux pp 2-3.

accord. Le défi en ce qui a trait à la législation relative à la fois à la famille et au patrimoine est alors de concilier les deux.

En matière de liberté de tester, plusieurs auteurs souhaitent néanmoins que la loi confère des droits à l'époux survivant. Par exemple, Brière explique qu'étant donné que la loi veille à assurer l'égalité des époux de leur vivant, elle ne peut «logiquement» se désintéresser tout à fait de la façon dont une personne mariée disposera de ses biens à son décès⁹⁹. D'autres soulignent que la situation de la veuve est pire que celle de l'épouse divorcée et que la loi devrait davantage se préoccuper de son sort afin de lui permettre de subvenir à ses besoins à la suite du décès¹⁰⁰. D'autres encore, telle la professeure Burman, expliquent qu'il y a lieu de se préoccuper du sort de la veuve «en lui accordant, sinon une réserve, tout au moins un droit de créance qui lui permettrait de survivre décemment»¹⁰¹. De son côté, Plamondon suggère que l'on puisse recourir aux tribunaux afin de corriger les iniquités¹⁰², alors que d'autres auteurs se

99. Germain Brière, «Liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire?» (1986) 88 R. du N. 469 à la p. 488 [Brière, «Liberté de tester»].

100. Danielle Burman, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer» (1988) 22 R.J.T. 149 à la p. 180 [Burman]; Roger Comtois, «La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire» (1986) 88 R. du N. 500 [Comtois]; Louise Dulude, *Pour le meilleure et pour le pire... Une étude des rapports financiers entre les époux*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1984 à la p. 2; Sylvie Massé, «Les régimes matrimoniaux au Canada : Analyse comparative des législations provinciales» (1985) 88 R. du N. 103 à la p. 275. Le même constat est fait par la Commission de réforme du droit du Canada, en 1975, qui explique : «Nous sommes d'opinion que le veuf ou la veuve devrait bénéficier au moins de la même protection et des mêmes bénéfices en vertu du régime de biens que la personne divorcée.» Commission de réforme du Droit du Canada, *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1975 à la p. 307.

101. Burman, *supra* note 100 à la p. 180.

102. Luc Plamondon, «La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire» (1986) 88 R. du N. 505 à la p. 520.

disent clairement favorables à l'instauration d'une réserve successorale pour l'époux survivant¹⁰³.

Dans sa thèse consacrée à l'étude de l'évolution de la place du conjoint dans la famille à travers le droit des successions et des libéralités, la professeure Castelli conclut qu'il est «presque certain» que dans les prochaines années, les époux québécois se verront protégés par une réserve successorale¹⁰⁴. Cette fois-ci cependant, la professeure Castelli justifie ce changement anticipé par une nouvelle *conception conjugale du patrimoine* dans la société québécoise. Selon Castelli, de plus en plus de gens considèreraient que les biens accumulés pendant le mariage le sont par le couple et que, conséquemment, ils doivent être partagés à la suite du décès. Elle suggère d'ailleurs de faire porter la réserve uniquement sur les biens acquis pendant le mariage plutôt que sur l'ensemble du patrimoine du *de cuius*, mécanisme qu'elle jugerait alors «trop grossier»¹⁰⁵. Cette auteure n'explique donc plus la nécessité de limiter la liberté illimitée de tester par des motifs d'ordre moral ni par le besoin de protection de l'époux survivant et des enfants, mais plutôt par une nouvelle conception de la propriété des biens.

Il s'agit d'une distinction notable par rapport aux motifs jusqu'alors invoqués par les auteurs pour justifier une limitation de la liberté de tester. Il est désormais question de reconnaître des droits à l'époux survivant dans le patrimoine du *de cuius* en raison de sa participation à l'accumulation des biens pendant le mariage,

-
103. Brière, «Liberté de tester», *supra* note 99 à la p. 489; Mireille D. Castelli, «Le droit successoral et la création de mécanismes de protection de la famille; Éléments de réflexion : fondements et conséquences» (1984) 86 R. du N. 340 à la p. 371 [Castelli, «Le droit successoral»]; Comtois, *supra* note 100 aux pp. 500 et 504.
104. Castelli, *Patrimoine et conjoint*, *supra* note 4 à la p. 563. Voir également Michel Légaré, «La liberté absolue de tester : un principe à réviser» (1975) 78 R. du N. 218.
105. Castelli, «Le droit successoral», *supra* note 103 à la p., 374.

de reconnaître le *caractère conjugal du patrimoine* accumulé pendant le mariage¹⁰⁶.

En somme, bon nombre d'auteurs ont qualifié la liberté de tester de «problème» parce qu'une telle liberté allait à l'encontre de leur représentation de la destination familiale de certains biens du défunt¹⁰⁷. On a vu, par ailleurs, que certains de ces auteurs ont expliqué l'existence de ce problème par son origine anglo-saxonne.

Mentionnons, également, que des auteurs ont soutenu que si la liberté de tester n'a pas été restreinte plus tôt, c'est parce que le Québec n'avait pas le pouvoir de la restreindre étant donné qu'elle résultait d'une loi impériale. Selon ces auteurs, le *Colonial Laws Validity Act* de 1865 aurait empêché la province de légiférer de manière à contredire toute disposition d'une loi du Parlement britannique, et ce, jusqu'à l'adoption du *Statut de Westminster* en

106. Mentionnons que certains auteurs voient la situation différemment. Notamment, la professeure Connell-Thouez rappelle la politique d'indépendance financière des conjoints qui existe en matière de famille et elle explique le manque de cohérence du droit familial et du droit successoral qui résulterait de l'instauration d'une réserve en faveur de l'époux survivant. Elle invoque l'indépendance des patrimoines des époux qui existe pendant le mariage pour justifier que cette indépendance soit préservée à la suite du décès. À la place, elle propose d'établir un usufruit légal pour aider l'époux survivant à subvenir à ses besoins. Katherine Connell-Thouez, «La succession et la famille : réflexions sur l'évolution des structures sociales, des valeurs fondamentales et le droit civil» (1987) 6 Rev. Can. D. Fam. 103 aux pp. 116 et 117.

107. Mentionnons cependant que dans certains cas, des auteurs dénoncent la liberté de tester, mais sans qu'il soit possible d'inférer une représentation précise de la famille ou du patrimoine de leurs propos. C'est le cas de Louis-Philippe Pigeon qui se demande si le temps de renouer avec la tradition juridique française et de restreindre la liberté de tester par une forme de légitime ne serait pas venu. Louis-Philippe Pigeon, «Nécessité d'une évolution du Droit civil» (1945) 3, no 9 Cahiers de la Faculté des Sciences Sociales de l'Université Laval 1 aux pp. 4 et 22 [Pigeon, «Nécessité d'une évolution»]. Dans les années 70, le professeur Mayrand conclut aussi son ouvrage sur les successions en s'interrogeant sur l'avenir de la liberté de tester au Québec, observant que la législation «doit s'insérer dans un contexte juridique et social». Mayrand, *supra* note 13 à la p. 394, n. 448.

1931¹⁰⁸. Si cette explication est tout à fait plausible, nous verrons que, étonnamment, ce motif n'est invoqué par aucun auteur qui se soit prononcé à propos de la liberté de tester avant cette date. Ceux-ci soulèvent différents motifs pour préserver la liberté illimitée de tester, mais jamais de cet ordre.

Nous verrons que pour ces auteurs, il s'agit avant tout de respecter les droits du propriétaire relativement à ses biens.

2. Une représentation individualiste du patrimoine qui justifie la liberté illimitée de tester

Jusqu'en 1930, la doctrine québécoise s'est montrée généralement favorable à la liberté illimitée de tester. Certains auteurs ont décrit la liberté de tester comme une conséquence logique du droit de propriété (2.1), d'autres l'ont associée au droit naturel (2.2), alors que d'autres encore l'ont favorisée, de façon surprenante, au nom de la préservation du droit civil québécois (2.3)¹⁰⁹.

On comprend que ces auteurs ont défendu une *conception personnelle du patrimoine* en vertu de laquelle le propriétaire peut disposer de ses biens comme il l'entend. L'origine de la liberté de tester ne semblant pas, à cette époque, être un problème.

108. Voir Germain Brière, «Les Successions» dans Paul-André Crépeau (dir.), *Traité de droit civil*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au n° 332 à la p. 375; Louis Marceau, «Les libéralités» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, 377 à la p. 381; Pigeon, «Nécessité d'une évolution», *ibid.* note 107 à la p. 22; Jean-Charles Pourde, «Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester dans le Code civil» (1956) 2 C. de D. 120 aux pp. 135 et 136; Pratte, *supra* note 13 à la p. 119.

109. Soulignons cependant que dès les années 30, des groupes de femmes ont dénoncé les conséquences problématiques de la liberté de tester pour la famille. Thaïs Lacoste-Frémont, «Plaidoyer de Mme Charles Frémont : La femme mariée et le Code civil», 18 : 2 et 3 (1930) *La Bonne Parole* 17; Thérèse F. Casgrain, «Plaidoyer de Mme Pierre-F. Casgrain, Présidente de la Ligue des droits de la femme», 18 : 2 et 3 (1930) *La Bonne Parole* 19, 20.

2.1 Une conséquence logique de la propriété

Tel que mentionné précédemment, la liberté de tester est la norme retenue par les codificateurs parce que la loi posait déjà le principe de la liberté absolue de tester au moment de la codification¹¹⁰. Pourtant, les codificateurs ne se contentent pas de réitérer la règle de la liberté testamentaire, ils en profitent pour unifier le droit en matière de dispositions à titre gratuit. Pour ce faire, les codificateurs abolissent la majorité des restrictions qui auraient pu encore exister relativement aux donations entre vifs, qu'ils décrivent comme une «anomalie embarrassante» qui se rapporte à un autre ordre d'idées sociales et légales¹¹¹. Ils proposent «d'assimiler presque en entier à ces divers égards la matière des donations à celle des testaments, en introduisant dans la première le principe de liberté qui régit la seconde»¹¹². Ce faisant, les règles relatives aux donations entre vifs et à cause de mort sont rendues plus cohérentes, plus libérales, mais aussi, plus conformes aux règles qui, selon les codificateurs, doivent régir la transmission des biens¹¹³.

C'est aussi ce que semblent croire la plupart des auteurs qui ont écrit peu de temps après la codification. Ceux-ci se montrent favorables aux normes codifiées et à leur caractère libéral. L'une des idées qui prévaut dans le nouveau code – selon la doctrine – est de faciliter la transmission de la propriété¹¹⁴. Cette idée semble avoir l'aval des auteurs, notamment quant à la

110. *Supra* Partie 1.1.

111. «Les commissaires veulent parler surtout de la réserve, de la légitime en faveur des enfants, des peines des secondes nocés et de certaines incapacités personnelles présumées de la loi seule». *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports, supra* note 23 à la p. 150. Voir aussi Lareau, *supra* note 24 à la p. 280.

112. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports, supra* note 23 à la p. 150.

113. *Ibid.* Les codificateurs mentionnent que c'est parce que les donations entre vifs et à cause de mort sont regroupées dans le Code civil français qu'on a choisi de faire de même.

114. Édouard Lefebvre De Bellefeuille, *Code civil du Bas-Canada*, Montréal, C.O. Beauchemin et Valois, 1866 à la p. VIII.

transmission des biens au décès. La libre disposition des biens est jugée conforme à une *conception personnelle du patrimoine* – en vertu de laquelle seul le propriétaire a des droits sur ses biens et qu'il peut, conséquemment, en faire ce qu'il veut –, conception qui apparaît largement partagée par les auteurs.

Traitant de l'introduction de la liberté de tester et de l'abolition du retrait lignager¹¹⁵, Loranger explique que la Législature a «de bonne heure senti le besoin de briser les entraves qui enchaînaient la liberté du sol, et de lui rendre son indépendance naturelle»¹¹⁶. Il croit également que :

associée à des institutions dont le temps a assuré la permanence, la concentration des biens, dans la famille, peut convenir à des nations anciennes. Mais elle paralyse le développement des ressources d'un pays nouveau, encore couvert de forêts, où la circulation libre de la propriété est un des premiers besoins des populations. En morcelant à l'infini le sol cultivé, elle appauvrit la famille elle-même, et entrave le défrichement du territoire inculte. La liberté du droit de propriété, comme celle des droits personnels, aussi bien que la liberté des institutions, est donc un des éléments essentiels de la prospérité d'un pays, dans la condition sociale du Canada.¹¹⁷

Boucher de LaBruère consacre également un article à expliquer les bienfaits de la liberté de tester. Il souligne que, de tout temps, le droit de propriété a été une base essentielle de l'édifice social et que «entraver l'action du père de famille, c'est

115. Le mari a, quant à ses biens propres qui ne sont pas soumis au douaire, la liberté d'en disposer. Toutefois, si ces biens sont vendus à des «étrangers» par rapport à la famille, le parent lignager le plus proche du disposant peut le reprendre en payant le prix à l'acquéreur (retrait lignager, art. 129 et suiv. Coutume de Paris). Il s'agit de protéger le patrimoine de la famille lignagère. Le retrait lignager a été aboli par l'*Acte pour abolir le retrait lignager*, 18 Vict., c. 102. Voir Zoltvany, *supra* note 19 aux pp. 370-373.

116. Thomas Jean Jacques Loranger, *Commentaires sur le Code civil du Bas-Canada*, t. 1, Montréal, Minerve, 1873 aux pp. 36-37 [Loranger].

117. *Ibid.* à la p. 36

l'obliger, quelquefois, à tester contre l'intérêt de ceux à qui il a donné le jour»¹¹⁸. La liberté de tester permettrait ainsi au père de faire les meilleurs choix pour le bien de sa famille¹¹⁹. Cet auteur considère d'ailleurs la liberté de tester comme un bienfait tant pour la famille que pour l'ensemble de la société :

Nous l'avons dit, la famille est le pilier de la société, et la société repose sur le droit de propriété. Donnez à la propriété une base durable, et vous verrez la société calme et paisible. C'est Dieu qui a fondé la propriété; celui qui la défend, défend l'édifice même de l'humanité, et en elle se résumant la liberté, la famille, la patrie et la religion.¹²⁰

La libre transmission des biens est jugée si importante que même le fait que les codificateurs aient suggéré d'assouplir certaines règles relatives aux donations entre vifs pour les rapprocher des règles en matière de donations à cause de mort est considéré comme la correction d'anomalies dans le nouveau système¹²¹.

Une trentaine d'années plus tard, ce type de discours qui favorise la liberté de tester au nom du respect de la liberté du propriétaire relativement à ses biens est toujours celui de certains auteurs. Par exemple, Thomas-Louis Bergeron explique «qu'en principe, il ne faut pas porter la main sur la liberté de tester que reconnaît notre Code civil»¹²². Parmi les motifs qu'il invoque pour

118. Boucher de la Bruère Jr., «Le droit de tester» (1868) 5 *Revue canadienne* 321 aux pp. 321 et 330 [B. de la Bruère Jr.].

119. En France, Le Play soutenait aussi que pour rétablir la puissance paternelle dans la famille, il fallait instituer une entière liberté de tester. Selon lui, le régime successoral du Code civil français, avec ses règles qui restreignaient les droits du père de famille et morcelaient l'exploitation agricole, entraînait la destruction de la famille. Voir les commentaires de Carbonnier à ce sujet : Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige / Presses universitaires de France, 1994 aux pp. 82-84.

120. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 340.

121. Loranger, *supra* note 116 à la p. 37.

122. Il souligne d'abord que le terme «illimitée» est une «exagération de langage» puisque la liberté de tester est limitée par la priorité fiscale, par les différentes incapacités prévues au Code et par le fait que l'on ne peut

que soit maintenue la règle prévue à l'article 831 du *Code civil du Bas Canada*, il mentionne que le testateur est le plus apte à décider qui doit recueillir ses biens, en plus de préciser que la liberté de tester permet d'éviter le morcellement des héritages¹²³. Il conclut que «toute atteinte portée au droit de propriété, ne fût-ce que par l'amointrissement de la faculté de disposition, est un concours inconscient donné aux pires ennemis de la liberté individuelle»¹²⁴.

Pourtant, des auteurs, tel Bissonnette, reconnaissent que certaines situations – par exemple une conjointe survivante et des enfants déshérités – peuvent choquer «le sens de la justice naturelle»¹²⁵. Bissonnette explique cependant que ses trente-huit ans de pratique du droit ne lui en ont fait voir que très peu de cas¹²⁶. Étant donné que la loi doit être faite pour satisfaire «l'intérêt général» et non les situations exceptionnelles, il juge que la règle doit demeurer la liberté illimitée de tester¹²⁷.

Comme la plupart des auteurs qui les ont précédé, ces auteurs considèrent que le *de cuius* est le seul maître de la destinée de ses biens. Conséquemment, il est légitime que le testateur puisse disposer de son patrimoine selon sa volonté, sa

disposer en faveur de qui l'on veut car même si «le champ est très étendu», il n'est pas illimité. Thomas-Louis Bergeron, «De la liberté de tester», dans l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961, 675 aux pp. 675 et 680 [Bergeron].

123. *Ibid.*, ses motifs sont résumés à la p. 687.

124. *Ibid.* à la p. 692.

125. Bernard Bissonnette, «Discussions» dans l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961, 462 à la p. 486 [Bissonnette]. Mentionnons que pour ce qui est de l'éventualité où un mari déshériterait son épouse, certains expliquent que ce geste peut être odieux, mais qu'il ne l'est pas toujours. Dans certains cas, ce geste peut être justifié «par l'inconduite de la femme». Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 25.

126. Bissonnette, *supra* note 125 à la p. 486.

127. *Ibid.*

moralité. Cette *conception personnelle du patrimoine* qui justifie la liberté de tester est aussi associée au droit naturel par certains auteurs.

2.2 Une liberté qui vient du droit naturel

Dans les années 20, plusieurs auteurs semblent s'entendre sur le fait qu'en matière familiale, la loi doit d'abord et avant tout constituer une reproduction de l'ordre naturel des choses. Cette idée de la loi, en tant qu'elle découle d'un droit naturel, est présente dans le discours de nombreux juristes pour qui la loi n'est pas choisie par les hommes, mais imposée par la nature. Parmi ceux-ci, plusieurs considèrent que la première qualité d'une loi est de reproduire la loi naturelle¹²⁸, notamment en matière de puissance paternelle et de mariage¹²⁹. En fait, pour ce qui a trait à la famille, ces juristes considèrent habituellement que la loi naturelle est la loi de Dieu. Ainsi, «le législateur qui a mis la loi dans les choses, c'est Dieu»¹³⁰ et le Code civil se doit de reproduire la loi divine¹³¹.

Cette vision de la loi – qu'on peut rapprocher du *jus naturalisme*¹³² –, a une influence sur la façon dont les auteurs

128. Charles-Édouard Dorion, «La philosophie du Code civil» (1925) 4 R. du D. 134 à la p. 136 [Dorion, «La philosophie du Code civil»] et (1925) 4 R. du D. 201; Charles-Édouard Dorion, «La communauté de biens : Pourquoi faut-il la maintenir dans notre Code? Parce qu'elle est la protection des droits de la femme» (1929) 7 R. du D. 323 à la p. 324 [Dorion, «La communauté de biens»]; Paul Fontaine, «Conventions matrimoniales» (1927-28) 30 R. du N. 73 [Fontaine]; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : De la puissance paternelle» (1929) 8 R. du D. 24 à la p. 28 [Jetté, «Puissance paternelle»]; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1927) 6 R. du D. 236 à la p. 236; Paul Paquette, «La loi d'adoption : Ses motifs, sa nature, ses effets» (1925-26) 28 R. du N. 65 à la p. 73. Discutant d'adoption, Pelland mentionne que le droit naturel est plus fort que le droit légal. Léo Pelland, «La loi de l'adoption» (1925) 4 R. du D. 65 à la 73.

129. Jetté, «Puissance paternelle», *supra* note 128.

130. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 136.

131. *Ibid.*, 134 et 142; Jetté, «Puissance paternelle», *supra* note 128 à la p. 29.

132. Sur la doctrine du droit naturel, voir notamment, Hans Kelsen, «Positivisme juridique et doctrine du droit naturel» dans *Mélanges en*

perçoivent la propriété privée. Tout comme le sont le mariage et l'autorité paternelle¹³³, la propriété est une notion jugée «sacrée» par une partie de la doctrine¹³⁴. Selon cette dernière, le droit de propriété découlerait du droit naturel¹³⁵ et serait donc inaliénable¹³⁶.

La propriété elle-même ne dépendant pas de la volonté des législateurs, est, au contraire, un de ces droits contre lesquels la loi civile ne saurait prévaloir, bien qu'elle soit appelée à en régler les détails, comme de ceux de presque tous les droits humains.¹³⁷

En ce qui a trait aux conséquences du mariage sur la propriété, la doctrine juge que lorsque deux personnes se marient, «autour du contrat de mariage se joue bien souvent le bonheur

l'honneur de Jean Dabin (I Théorie générale du droit), Bruxelles : Bruylant, Paris : Sirey, 1963 à la p. 141. Kelsen explique que pour les tenants de la doctrine du droit naturel, le droit positif est jugé valable lorsque «le contenu de ses normes correspond au contenu de normes d'un ordre plus élevé, d'un ordre différent de celui du droit positif et supérieur, un ordre immanent dans la nature, dans la nature des choses ou dans la nature de l'homme».

133. Plusieurs auteurs associent également mariage et religion, ce qui explique qu'ils réfèrent abondamment au droit canonique pour appuyer et justifier la légitimité des règles codifiées. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 141 et 210; Louis-Amable Jetté, «Du mariage : Des empêchements de mariage» (1926) 4 R. du D. aux pp. 281 et 286; Léo Pelland, «Nos lois sur le mariage» (1925) 3 R. du D. 289 à la p. 300; Léo Pelland, «À bas le divorce!» (1927) 5 R. du D. 449 à la p. 450; Louis-Amable Jetté, «Du mariage : sa véritable notion» (1925) 4 R. du D. 157 à la p. 161; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : De la séparation de corps» (1928) 7 R. du D. 170 à la p. 170.
134. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 aux pp. 321 et 330; G. Guillet, «Transmission par succession *ab intestat*» (1928-29) 31 R. du N. 92 aux pp. 97 et 100 [Guillet].
135. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 206; Guillet, *supra* note 134 aux pp. 97 et 110.
136. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 aux pp. 321 et 330; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 204.
137. Guillet, *supra* note 134 aux pp. 97 et 100.

familial»¹³⁸. Comme plusieurs auteurs associent les règles fondamentales du mariage au droit naturel et au droit canonique, il est considéré logique que les époux ne puissent modifier contractuellement leurs rapports «moraux»¹³⁹. Parmi ces rapports moraux, notons la reconnaissance du mari à titre de chef de la famille et, conséquemment, l'exclusion des tiers – notamment de l'État et des juges – des affaires de famille¹⁴⁰. Par ailleurs, en matière de rapports patrimoniaux des époux, la doctrine considère que le code doit se contenter de suggérer la façon dont les biens peuvent être partagés entre les époux et ne pas l'imposer¹⁴¹. Pendant le mariage, comme c'est le mari qui a les pouvoirs sur les biens au sein de la famille et qu'on suppose que les époux s'aiment, on s'attend à ce que le mari use sagement de ses pouvoirs, tel un «bon père de famille»¹⁴². On s'en remet ainsi au chef de famille qui sait mieux que quiconque ce qui convient pour son épouse et ses enfants, notamment quant aux biens du ménage.

138. Elzébert Pouliot, «De l'importance du contrat de mariage» (1929-30) 32 R. du N. 127 et (1929-30) 32 R. du N. 152 à la p. 153 [Pouliot, «Contrat de mariage»]. Voir aussi Fontaine, *supra* note 128 aux pp. 74 et 81.

139. Fontaine, *supra* note 128 à la p. 83.

140. Anonyme, «Nos régimes matrimoniaux (suite et fin)» (1930) 8 R. du D. 517 à la p. 533; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 140 et 142; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 7 R. du D. 33 aux pp. 34 et 46; Léo Pelland, «Causerie du directeur» (1930) 8 R. du D. 330 aux pp. 330 et 331.

141. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 201; Pouliot, «Contrat de mariage», *supra* note 138 à la p. 127.

142. Dorion, «La communauté de biens», *supra* note 128 aux pp. 325 et 328; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 143, 203 et 207; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 6 R. du D. 413 à la p. 422; Armand Lavallée, «Étude de notre système successoral actuel» (1923-24) 26 R. du N. 289 à la p. 302. En ce qui concerne la femme, Jetté juge que le fait qu'elle puisse rédiger son propre testament ne porte pas atteinte à l'autorité maritale puisque le testament ne prend effet qu'au décès de la femme, au moment où la puissance maritale a cessé. Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 7 R. du D. 81 à la p. 82.

Quant au choix du mari plutôt que de la femme à titre de chef de la famille, la réponse s'explique, encore une fois, par la nature. Le législateur aurait ainsi suivi :

l'ordre de la nature qui, avec la force physique, a donné à l'homme surtout les moyens de pourvoir à la subsistance de sa compagne et de ses enfants, et qui a donné à la femme, avec une âme plus délicate, une sorte de besoin de sacrifice, le goût de se fondre, pour l'agrandir, dans la personnalité des siens.¹⁴³

Comme le droit de propriété, le droit de tester est associé à la nature. Selon le notaire Pouliot, le testament est un acte qui doit être fait avec «équité envers les mortels aussi bien que pour le Créateur qui discerne les motifs les plus secrets»¹⁴⁴. Un autre auteur va même jusqu'à écrire que la liberté de tester est «la plus sacrée des libertés civiles»¹⁴⁵.

Suivant le raisonnement de ces auteurs, il ne faut toucher ni à la liberté de tester ni à la liberté des conventions matrimoniales¹⁴⁶, ces institutions découlant de l'intégralité du droit de propriété tout en respectant l'autorité de l'homme dans la famille, deux principes qui viennent du droit naturel.

De surcroît, la liberté de tester est défendue au nom de la préservation du droit civil québécois.

143. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 37.

144. Elzébert Pouliot, «Le testament notarié» (1929-30) 32 R. du N. 129 à la p. 133. Cet auteur mentionne également que «si dans la vie un acte notarié devait être écrit à genoux comme pour prendre Dieu à témoin de la droiture des intentions et de la justice de l'acte, c'est bien le testament». Une trentaine d'années plus tard, certains auteurs continueront d'affirmer que la liberté de tester a sa source dans le droit naturel. Bergeron, *supra* note 122 aux pp. 676- 677.

145. L.J. Dostaler, «Institution – Condition –Disposition» (1926-27) 29 R. du N. 327 à la p. 330.

146. Anonyme, «Nos régimes matrimoniaux» (1930) 8 R. du D. 483 à la p. 509. Voir aussi Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 140-142.

2.3 Un principe du droit civil québécois

Soulignons d'emblée que la période qui a suivi la codification est une période où la doctrine se montre généralement favorable aux normes codifiées¹⁴⁷. Si «le droit n'est pas l'œuvre des hommes» et que «les législateurs humains ne le créent point»¹⁴⁸, le Code civil est néanmoins perçu comme une «œuvre» accomplie avec sagesse¹⁴⁹.

En fait, les auteurs n'apprécient pas que le contenu du code, ils sont fiers qu'on ait réussi à mettre de l'ordre dans la législation¹⁵⁰. Le code est considéré comme un outil qui est venu tirer le droit civil québécois de la confusion dans laquelle il était plongé¹⁵¹. Les bases sur lesquelles est fondé le Code civil sont jugées les bonnes, «il ne s'agit pas de les changer, mais de les appliquer à des situations nouvelles»¹⁵².

Des auteurs expliquent également que les situations problématiques sont généralement dues aux individus, et non aux

147. Sur la volonté de préserver l'intégrité du Code civil à cette époque, voir René Chaloult, «La «Société d'études juridiques» de Québec» (1931) 9 R. du D. 579. Voir également Sylvio Normand, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil» (1987) 32 R.D. McGill 559 et Jean-Guy Belley, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939)» (1993) 34 C. de D. 183.

148. Mignault ajoute que sur le plan philosophique, le droit est «un principe antérieur et préexistant, général, absolu, imprescriptible et invariable, parce qu'il tire sa source de la nature même de l'homme, qui ne change jamais.» Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret éditeur, 1895 à la p. 2.

149. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 335.

150. Soulignons que ce grand respect du Code n'est pas qu'une affaire de juristes. Représentant un groupe de près de 8 000 fermières, Rolande Désilets parle du Code civil comme de la «pierre d'assise de la paix domestique». Selon elle, «la communauté familiale ne peut trouver de garantie à son bonheur que dans les lois établies par nos sages devanciers». Rolande Désilets, «Nos droits et nos devoirs» (1930) 11 La Bonne fermière 3.

151. Loranger, *supra* note 116 à la p. 9.

152. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 212.

lois¹⁵³. Conséquemment, il est jugé inutile de modifier le contenu du code, d'où la nécessité d'une certaine retenue législative¹⁵⁴. Un auteur souligne d'ailleurs qu'il «sera toujours difficile de faire comprendre à certaines personnes que le Code n'est pas un *statute*, qu'il est l'expression du droit antérieur tel que l'ont compris ceux qui ont rédigé ces lois»¹⁵⁵. Pour la doctrine dominante, le statut particulier du Code civil doit donc inspirer un certain respect¹⁵⁶.

Non seulement le Code civil assure-t-il une stabilité des règles qui gouvernent la société par le droit, mais il est perçu comme un instrument de préservation de la culture française¹⁵⁷.

153. Fontaine, *supra* note 128 à la p. 206; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 144.

154. Rappelons que lors de la codification, les codificateurs avaient donné un avertissement aux générations futures à propos des modifications au code. Ils avaient expliqué : «il est à désirer, qu'après que ce code aura obtenu force de loi, la législature se tienne en garde soigneusement et soit circonspecte à l'égard de toute innovation qu'elle serait appelée à y faire. Le Code a pour objet de répondre en termes exprès ou par implication légale à toutes les questions qui tombent dans la vaste étendue des sujets dont il traite. Il compose un système dont toutes les parties sont rattachées les unes aux autres avec soin, et toute législation par pièce, faite dans la vue de quelque changement particulier, peut affecter sérieusement d'autres parties de l'ouvrage que l'on ne voulait pas toucher, et conduire à un désordre et à une confusion considérable et imprévue». *Code civil du Bas Canada : Sixième et Septième Rapports et Rapport supplémentaire*, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865 à la p. 263.

155. J.-Émile Billette, «De l'autorité du droit anglais en matière de condition dans les testaments» (1931) 10 R. de D. 193 à la p. 203. Billette considère sans doute le «statute» comme un élément qui se greffe au droit dans la *common law*.

156. Les auteurs se méfient également de la «rhétorique parlementaire», des «lanternes» et des «ballons improvisés de certains orateurs politiques». Selon eux, il ne faut pas confondre le droit et la politique. Léo Pelland, «Encore le divorce» (1929) 8 R. du D. 7 aux pp. 8 et 12.

157. Mentionnons que le droit civil était déjà considéré comme un trait important de la société québécoise avant la codification. Voir Joseph-François Perrault, *Moyens de conserver nos institutions, notre langue et nos lois*, Québec, Fréchette et Cie, 1832 à la p. 23; Sylvio Normand, «La codification de 1866 : contexte et impact», dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*,

Selon le discours de certains juristes, il y a un problème de race et la «lutte» pour le maintien des lois est «l'un des signes distinctifs de notre race»¹⁵⁸. Le droit est considéré comme une arme d'assimilation pour les Britanniques et comme un bouclier pour les Canadiens¹⁵⁹. Reprenant les propos de Loranger¹⁶⁰, Antonio Perrault explique que «si les Canadiens n'ont pas été, depuis 1759,

Cowansville, Yvon Blais, 1993, 43 à la p. 59. Mentionnons également que l'histoire révèle qu'un rôle de gardiennes de la foi chrétienne, de la langue et de la tradition aurait été confié aux femmes dans le Canada français. Yolande Pinard, «Les débuts du mouvement des femmes à Montréal, 1893-1902» dans Marie Lavigne et Yolande Pinard, dir., *Travailleuses et féministes : Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal Express, 1983, 177 à la p. 180 et Ghislaine Desjardins, «Les Cercles de fermières et l'action féminine en milieu rural, 1915-1944» dans Marie Lavigne et Yolande Pinard, dir., *Travailleuses et féministes : Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal express, 1983, 217 aux pp. 228, 229 et 233.

158. Antonio Perrault, *Pour la défense de nos lois françaises*, Montréal, Bibliothèque de l'Action française, 1919 à la p. 71 [A. Perrault]. C'est aussi l'interprétation de Jennifer Stoddart qui explique qu'à cette époque, la trilogie notre langage, notre religion et nos lois est à l'honneur étant donné que le problème du maintien de l'identité nationale des Canadiens français a atteint un nouveau niveau d'intensité. Stoddart, *supra* note 50 à la p. 331.
159. Un sociologue explique que la politique canadienne est un «champ de rivalités passionnées» entre Anglais et Français, protestants et catholiques, qui est également influencée par les États-Unis. Citation de propos tenus par André Siegfried en 1906, reprise dans Yolande Capistran, Aurore Dupuis et André Francoeur, «Le Québec 1867 - aujourd'hui» dans Michel Allard, dir., *L'histoire canadienne à travers le document*, t. 6, Montréal, Guérin, 1986 à la p. 342. C'est aussi l'interprétation de Kolish qui a écrit que le droit a été une «arme d'assimilation» pour les Britanniques et un «bouclier ou une forteresse» pour les Canadiens. Elle croit également que la préservation des lois et la préservation de la langue sont liées. E. Kolish, *supra* note 21 aux pp. 432 et 682. Sur le rôle social du droit et l'intérêt qu'il suscite pour la société à cette époque, voir L-Émery Beaulieu, «Le rôle social du droit» (1928) 7 R. du D. 206 à la p. 212.
160. Loranger explique notamment que le catholicisme et son puissant auxiliaire, la langue française, ont eu une grande influence sur la préservation des institutions. Loranger, *supra* note 116 à la p. 1.

absorbés par les races étrangères, s'ils sont restés français, ils le doivent au catholicisme, à la langue, mais aussi à leurs lois¹⁶¹.

Plusieurs auteurs jugent que ce sont ces lois fondées sur la nature qui ont permis de préserver l'identité des Canadiens-français et leurs traditions¹⁶². Quant à l'évolution de ces lois, ces auteurs parlent d'être «les maîtres chez nous»¹⁶³ et de «rester nous-mêmes»¹⁶⁴, ce que permet le Code civil. Pour préserver cet état de chose, les auteurs réfèrent abondamment à l'ancien droit et aux lois françaises qui ont été conservées par les ancêtres¹⁶⁵. Plus précisément au sujet de la liberté de tester et de la liberté des conventions matrimoniales, certains jugent qu'il serait «téméraire» de supprimer ces règles¹⁶⁶. En «saine législation», il paraît impossible de restreindre la liberté de tester du mari au profit de

-
161. A. Perrault, *supra* note 158 à la p. 4. Un auteur écrira, plus tard, que : «Based on history and on the Code Napoléon, the Civil Code of Lower Canada when enacted in 1866, gave a legal expression to the spirit of conservatism of the French Canadian people implied in the province's motto "Je me souviens"». Jean-Gabriel Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec (notes, cases, and materials)*, Toronto, Butterworths, 1962 à la p. 543.
162. Léonidas Bachand, «La loi d'adoption» (1924-25) 27 R. du N. 195 aux pp. 196 et 207 [Bachand, «La loi d'adoption»]; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 213; Léo Pelland, «Deux congrès : Le divorce» (1929) 8 R. du D. 65 à la p. 66.
163. Léo Pelland, «Causerie du Directeur» (1930) 9 R. de D. 5 à la p. 14.
164. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 213.
165. A.-A. Bruneau, «Des arrérages de pension alimentaire» (1927) 5 R. du D. 321 à la p. 321; Bachand, «La loi d'adoption», *supra* note 162 à la p. 195; Léonidas Bachand, «La loi d'adoption modifiée» (1925-26) 28 R. du N. 257 à la p. 269; Dorion, «La communauté de biens», *supra* note 128 à la p. 334; L. Pelland, «À bas le divorce!» (1927) 5 R. du D. 449 à la p. 451; Adjutor Rivard, «De l'obligation alimentaire au cas de secondes noces» (1926) 5 Revue du droit 75 à la p. 77.
166. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 25. La liberté de tester est aussi abordée dans le premier rapport où les commissaires soulignent que les femmes sont allées loin dans leurs revendications, «si loin même, que pour atténuer certains résultats néfastes du régime de la séparation de biens, on a suggéré de restreindre la liberté des conventions, et même d'entraver la liberté de tester. Et l'on voit ainsi combien est compliqué le problème des régimes matrimoniaux.» Commission, *Premier rapport*, *supra* note 50 à la p. 14.

sa femme alors que celle-ci a convenu devant notaire que chaque époux devait avoir la libre disposition de ses biens¹⁶⁷. En plus de restreindre la liberté de tester, ces auteurs font valoir qu'on contreviendrait alors à la liberté des conventions¹⁶⁸. Pour ces auteurs, ces libertés doivent évidemment être préservées puisqu'elles font partie des principes qui sont à la base du Code civil. Le respect de la propriété privée et de l'autonomie de la volonté justifie que ces principes ne puissent être modifiés.

Il est intéressant de noter que les auteurs qui apprécient la liberté de tester font généralement fi de son origine anglaise¹⁶⁹. Si le respect de la tradition et de l'héritage des ancêtres est au cœur du discours de plusieurs auteurs, l'étude de la doctrine démontre que ce que les auteurs associent à cette tradition importe davantage que ce qui en fait véritablement partie! La tradition telle qu'admise par les auteurs est invoquée pour préserver l'ensemble des règles qui ont été codifiées – incluant celles d'origine anglaise – et, ainsi, préserver la stabilité et l'ordre tant dans la loi que dans la société en général. La liberté de tester semble alors perçue comme une partie d'un tout que représente le Code civil, code que bon nombre de Canadiens-français se sont approprié à titre de symbole identitaire¹⁷⁰.

167. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 26.

168. *Ibid.* Boucher de la Bruère associe la liberté de tester à «nos traditions nationales». B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 335. Dans un article publié en 1995, le professeur Kasirer souligne que la liberté de contracter et la liberté de tester sont considérées comme «the traditional twin pillars of the law of family property in Quebec». Kasirer, *supra* note 92 à la p. 800.

169. Pour une autre illustration d'un «oubli de l'histoire» par les juristes, voir David Howes, «From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929» (1986-87) 32 R.D. McGill 523, où l'auteur explique que des juges ont négligé l'origine législative de certaines dispositions du code dans leurs décisions.

170. Les professeurs Kasirer et Brisson parlent d'un «nationalisme de survivance», Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer, «La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation?» dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 221 à la p. 223.

Malgré cette fierté et cette volonté de préserver les règles codifiées, certains auteurs invitent néanmoins à ne pas prêcher en faveur du «marasme» et de «l'immobilité» :

Nos lois ne peuvent pas demeurer stationnaires. Sous l'action du temps, de conditions économiques et sociales modifiées, il leur faudra s'adapter à des nécessités nouvelles. La codification elle-même n'arrête pas l'évolution du droit. Les mœurs le modifient sans cesse selon les exigences de la société qu'il régit. Certains textes de notre code civil auraient besoin d'être complétés.¹⁷¹

Les auteurs reconnaissent donc qu'il est possible de modifier les règles en place, si de nouveaux besoins se font sentir et à certaines conditions.

Conclusion

Si la norme juridique relative à la liberté de tester est demeurée sensiblement la même pendant plus de deux siècles, cette étude montre que la perception et la compréhension de la liberté de tester s'est néanmoins transformée avec les années chez les auteurs en droit successoral québécois. Cette étude témoigne également de différentes représentations des impératifs légaux et sociaux en matière d'évolution des normes.

L'histoire montre que la représentation plus familiale de la *transmission du patrimoine au décès* que nous avons observée dans la doctrine était partagée par d'autres acteurs dans la société québécoise, qui ont aussi réclamé que la liberté de tester soit restreinte. Cependant, plutôt que de discuter des problèmes posés par la *transmission du patrimoine au décès*, ces acteurs ont réorienté le débat sur le *partage de l'avoir familial*, ce qui contribue à expliquer les raisons pour lesquelles la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de*

171. A. Perrault, *supra* note 158 à la p. 69.

favoriser l'égalité économique des époux a été adoptée¹⁷². En effet, cette loi traduit une représentation plus *familiale* – ou plus *conjugale* – du patrimoine accumulé par une personne mariée ou unie civilement à travers le patrimoine familial¹⁷³. Avec l'obligation alimentaire *post mortem*, elle dicte également une utilisation plus *familiale* du patrimoine du *de cuius* qui est justifiée par l'entraide qui est attendue entre membres d'une même famille.

À l'heure où on s'interroge sur la légitimité d'un patrimoine familial obligatoire pour tous les conjoints mariés ou unis civilement¹⁷⁴ et, à l'opposé, sur l'opportunité d'encadrer législativement la relation patrimoniale des conjoints de fait¹⁷⁵, il serait intéressant de voir où en est maintenant l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine, non seulement dans la doctrine, mais dans la population en général.

172. *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 (Projet de loi 146). Sur ce passage de la *transmission du patrimoine* au *partage du patrimoine*, voir Christine Morin, «Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois» (2008) 3 R.J.T. 417.

173. Ces nouvelles normes ont pour effet de restreindre la *valeur* du patrimoine que le testateur peut librement transmettre à son décès. Même si le Code civil ne limite pas la liberté testamentaire de façon directe, ces dispositions législatives réduisent la liberté de testateurs *déterminés*, dans des situations *déterminées*. Voir les mémoires et les discussions à propos du document de consultation : Ministère de la Justice, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988. Assemblée Nationale, *Journal des débats*, 33^e législature, 1^{ère} et 2^e session, commission des institutions, 1986-1989.

174. Voir notamment Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé : perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002; Alain Roy, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages» (2000) 41 C. de D. 657.

175. Voir notamment Jocelyne Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.