

# LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 714 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* OU LE PARADOXE D'UN FORMALISME SUJET À LA LIBRE INTERPRÉTATION DES TRIBUNAUX

Judy MARTIN

Volume 113, Number 2, September 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044781ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044781ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

MARTIN, J. (2011). LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 714 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* OU LE PARADOXE D'UN FORMALISME SUJET À LA LIBRE INTERPRÉTATION DES TRIBUNAUX. *Revue du notariat*, 113(2), 431–504.  
<https://doi.org/10.7202/1044781ar>

Tous droits réservés © Judy MARTIN, 2012

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

é  
erudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

**LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 714 DU  
CODE CIVIL DU QUÉBEC OU LE PARADOXE  
D'UN FORMALISME SUJET À LA LIBRE  
INTERPRÉTATION DES TRIBUNAUX\***

**Judy MARTIN\*\***

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUCTION . . . . .   | 435 |
| 1. LE CADRE THÉORIQUE DE L'ARTICLE 714 C.c.Q.. . . . .                               | 439 |
| 1.1 Les testaments pouvant faire l'objet<br>d'un sauvetage . . . . .                 | 440 |
| 1.1.1 Les atteintes aux conditions de forme<br>du testament olographe . . . . .      | 441 |
| 1.1.1.1 Les atteintes généralement<br>acceptées. . . . .                             | 441 |
| 1.1.1.2 Les atteintes controversées . . . . .  | 443 |
| 1.1.2 Les atteintes aux conditions de forme<br>du testament devant témoins . . . . . | 446 |
| 1.1.2.1 Les conditions de forme du<br>testament devant témoins . . . . .             | 446 |
| 1.1.2.2 Une jurisprudence plutôt<br>constante. . . . .                               | 447 |

---

\* Ce texte constitue une version remaniée et mise à jour d'un mémoire de maîtrise en droit notarial présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université d'Ottawa qui a remporté, en 2009, le premier prix du Concours de rédaction juridique de deuxième cycle de la Chaire du notariat. L'auteure remercie tout particulièrement le professeur Jacques Beaulne, son directeur de mémoire, qui a accepté de relire et de commenter le manuscrit en vue de sa publication.

\*\* LL.M., notaire associée de l'Étude Martin & Hassan à Gatineau et chargée d'enseignement à la Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| 1.1.2.3 | La présence d'un seul témoin. . . . .   | 449 |
| 1.2     | La présence d'une volonté certaine et non équivoque. . . . .  | 451 |
| 1.2.1   | La preuve <i>prima facie</i> de l'intention de tester. . . . .  | 451 |
| 1.2.2   | L'interprétation d'une volonté non équivoque . . . . .  | 453 |
| 1.2.2.1 | L'analyse objective . . . . .   | 454 |
| 1.2.2.2 | L'analyse subjective . . . . .  | 457 |
| 2.      | LE CADRE JURISPRUDENTIEL DE L'ARTICLE 714 C.c.Q. . . . .  | 462 |
| 2.1     | Données statistiques des 17 dernières années. . . . .   | 462 |
| 2.1.1   | Champ d'application de l'article 714 C.c.Q. . . . .   | 462 |
| 2.1.2   | Statistiques relatives au défaut de forme . . . . .   | 464 |
| 2.1.2.1 | Les testaments olographes . . . . .   | 465 |
| 2.1.2.2 | Les testaments devant témoins. . . . .  | 468 |
| 2.1.3   | Observations sur les statistiques relatives à l'application de l'article 714 C.c.Q. . . . .                 | 469 |
| 2.2     | Le cas particulier de l'analyse subjective de la formalité essentielle . . . . .                            | 471 |
| 2.2.1   | Analyse subjective de l'atteinte aux conditions de forme essentielles du testament olographe . . . . .      | 471 |
| 2.2.2   | Analyse subjective de l'atteinte aux conditions de forme essentielles du testament devant témoins . . . . . | 476 |
| 2.2.3   | Analyse subjective appliquée à un cas d'espèce. . . . .   | 480 |
| 3.      | LE CADRE SYNTHÉTIQUE ET ANALYTIQUE DE LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 714 C.c.Q. . . . .                         | 481 |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 3.1     | L'état du droit français . . . . .   | 481 |
| 3.1.1   | La teneur des dispositions législatives. . . . .   | 482 |
| 3.1.2   | Une interprétation plus stricte du texte<br>de loi menant à une application<br>jurisprudentielle moins généreuse. . . . .  | 483 |
| 3.1.2.1 | Le mode et le support<br>de l'écriture. . . . .  | 484 |
| 3.1.2.2 | La mention de la date . . . . .  | 485 |
| 3.1.2.3 | La fonction de la signature . . . . .  | 486 |
| 3.1.3   | La « désolennisation » des règles de forme<br>du testament olographe sous le contrôle<br>de la Cour de cassation . . . . . | 487 |
| 3.2     | Exposé portant sur la pertinence de<br>l'article 714 C.c.Q.. . . . .   | 489 |
| 3.2.1   | Les théories interprétatives du tribunal . . . . .   | 490 |
| 3.2.1.1 | La préséance de la substance<br>sur la forme . . . . .   | 490 |
| 3.2.1.2 | La subordination de la substance<br>à la forme . . . . .   | 492 |
| 3.2.1.3 | L'hypothèse du testament<br>judiciaire . . . . .   | 493 |
| 3.2.2   | Synthèse de nos observations . . . . .   | 495 |
| 3.2.2.1 | Une analyse objective stérile . . . . .  | 495 |
| 3.2.2.2 | L'intérêt d'une analyse subjective. . . . .  | 498 |
| 3.2.2.3 | La pertinence de<br>l'article 714 C.c.Q. . . . .   | 499 |
|         | CONCLUSION . . . . .   | 502 |



« La répudiation progressive du formalisme est assurément une des caractéristiques maîtresses du droit moderne et surtout du droit contemporain : l'histoire des formes des actes juridiques se ramène à une abolition continue. »

(Louis JOSSERAND,  
*La désolennisation des testaments*,  
D.H., 1932, p. 74)

## INTRODUCTION

La législation évolue en fonction des besoins de la société. Aussi, l'étude des origines d'une notion juridique nous offre une perspective particulière nous permettant de mieux comprendre le contexte qui a présidé à une réforme donnée. En outre, l'introduction de nouvelles dispositions vise souvent à combler un vide juridique afin de mieux protéger les droits des citoyens.

Lorsque les commissaires entreprirent leurs travaux de codification du *Code civil du Bas Canada*, « le droit successoral avait comme base les règles du droit coutumier, plus précisément celles de la Coutume de Paris, auxquelles étaient venues s'ajouter d'importantes dispositions législatives tirées du droit anglais »<sup>1</sup>. Ils se sont donc principalement basés sur le plan général du Code civil français, lui-même inspiré du droit romain et coutumier. Ce « droit des successions issu de la codification de 1866 est demeuré à peu près stable durant plus d'un siècle »<sup>2</sup>.

Afin de protéger la propriété des biens et de favoriser leur transmission à cause de mort, le *Code civil du Bas Canada* posait déjà le cadre des conditions de forme à respecter afin qu'un testament puisse être validé. C'est la section deux (« De la forme des testaments ») du chapitre III (« Des testaments ») qui en disposait dans les

---

1. Germain BRIÈRE, *Traité de droit civil. Les successions*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, n<sup>o</sup> 14, p. 22.

2. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 19, p. 25 : abstraction faite de la réforme de 1915 relative aux droits successoraux du conjoint survivant.

articles 840 à 856. L'inobservation de ces règles entraînait alors la nullité absolue du testament<sup>3</sup> :

Les conséquences sévères de ce rigorisme apparent avaient néanmoins été partiellement atténuées par la jurisprudence qui avait, par une interprétation plus tempérée des règles de forme, veillé à favoriser l'exécution d'actes de dernières volontés qui auraient pu théoriquement être taxés de non conformes à la lettre des dispositions du Code.<sup>4</sup>

C'est précisément cette atténuation, déjà appliquée par les tribunaux sous le *Code civil du Bas Canada*, que le législateur a codifié à l'occasion de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1994. Or, dès 1982, le Projet de loi 107<sup>5</sup> proposait une règle nouvelle qui allait devenir l'article 714 du *Code civil du Québec* :

Le testament qui serait nul pour inobservation d'une formalité obligatoire peut néanmoins valoir comme testament si le tribunal est convaincu, après avoir entendu les intéressés, que l'écrit contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.

Cette disposition du Projet de loi 107 sera reprise presque mot pour mot dans la version du Projet de loi 20<sup>6</sup> présentée en 1984. Toutefois, la Sous-commission des institutions, chargée de l'étude de ce projet, a cru opportun d'y apporter certaines modifications ; aussi, la version du Projet de loi 20 retenue le 26 juin 1985<sup>7</sup> fut-elle la suivante :

Le testament qui serait nul pour inobservation d'une formalité peut valoir comme testament devant témoins ou olographe s'il satisfait,

3. Germain BRIÈRE, *Précis du droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd., Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, n<sup>o</sup> 342, p. 250.

4. Jacques BEAULNE, « L'article 714 du *Code civil du Québec* huit ans plus tard : erreur du législateur ou égarement des tribunaux ? », dans Jacques BEAULNE, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n<sup>o</sup> 5, p. 31.

5. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, Projet de loi 107 (présenté le 17 décembre 1982), 3<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature (Québec), art. 759.

6. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi 20 (présenté le 20 décembre 1984), 5<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature (Québec), art. 765.

7. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 5<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, 12 juin 1985, « Étude détaillée du Projet de loi 20 – *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* (11) », p. S-CI-497 ; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 5<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, 26 juin 1985, « Étude détaillée du Projet de loi 20 – *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* (15) », p. S-CI-619.

pour l'essentiel, aux conditions requises et que le tribunal est convaincu, après avoir entendu les intéressés, que l'écrit contient de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.

Cette nouvelle version précisait ainsi les conditions de forme entourant la validité d'un testament et exigeait aussi que l'écrit satisfasse à l'essentiel des conditions requises pour valoir sous sa forme originale ou sous une autre forme.

Une seconde version du Projet de loi 20 suivra en 1987. Puis, en 1990, aux termes de la première version du Projet de loi 125<sup>8</sup>, l'article a été modifié de façon substantielle par la suppression du membre de phrase « après avoir entendu les intéressés » :

Le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.

La dernière version du Projet de loi 125, adoptée le 18 décembre 1991 pour former le *Code civil du Québec*, n'a pas modifié la lettre de la disposition et nous a livré l'article 714 C.c.Q. tel qu'on peut encore le lire aujourd'hui. Cet article a été commenté par le ministre de la Justice du Québec :

Cet article est de droit nouveau. Il permet ainsi au tribunal de reconnaître la validité d'un testament autrement nul pour inobservation de formalités obligatoires, lorsqu'il est convaincu, après avoir entendu les intéressés, que l'écrit contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.

Cet article vise à respecter la liberté et la volonté du testateur et à faire prévaloir celles-ci sur les exigences formelles, lorsqu'il n'existe pas de doute sur la portée de l'écrit.<sup>9</sup>

Le ministre ne fait pas allusion au respect d'une quelconque condition de forme qui serait « essentielle ». Il se limite plutôt à constater que, lorsqu'il s'agit de procéder à la dévolution de ses biens, la volonté du défunt a préséance sur les exigences de forme.

---

8. *Code civil du Québec*, Projet de loi 125 (présenté le 18 décembre 1990), 1<sup>re</sup> session, 34<sup>e</sup> législature (Québec), art. 713. Cette première version du Projet de loi 125, nous livrait déjà la version actuelle de l'article 714 C.c.Q.

9. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 426.



L'article 714 C.c.Q. peut être invoqué lorsqu'un testament olographe ou devant témoins est affecté d'un vice de forme, c'est-à-dire lorsque toutes les conditions prescrites par les articles 726 ou 727 C.c.Q. n'ont pas été respectées. L'article 714 C.c.Q. ne trouve toutefois application que dans la mesure où le vice ne concerne pas un élément *essentiel* à la validité formelle du testament. Or, quels sont donc les éléments dont on pourrait dire qu'ils *ne* sont *pas* essentiels ? Le législateur ne le précise pas. Ce sont donc les tribunaux qui sont appelés à trancher, au cas par cas, la question de savoir si un testament respecte ou non, pour l'essentiel, les conditions de forme édictées par la loi. C'est d'ailleurs ce qui explique, en partie du moins, l'inconstance de la jurisprudence sur le sujet.

L'article 714 C.c.Q. permettrait-il de contrevenir à d'autres dispositions du Code afin d'atteindre l'objectif fixé par le législateur ? On peut en effet le croire, mais pas en toute circonstance ; et c'est précisément là que l'on se heurte à un problème d'appréciation. Un juge peut en effet estimer qu'une règle constitue une « condition essentielle à la validité formelle du testament » et un autre affirmer l'inverse. Or ici, en l'absence de balises précises, on court le risque de voir le jugement contesté être infirmé en appel.

C'est dans cette perspective que nous avons souhaité étudier l'ensemble des jugements rendus en vertu de l'article 714 C.c.Q. depuis son entrée en vigueur jusqu'au 10 septembre 2010, date où nous avons complété nos recherches. Nous tenterons ainsi de cerner la pertinence de cette disposition de même que nous tenterons d'évaluer le bien-fondé de son application. L'article 714 C.c.Q. est-il en réalité un instrument permettant aux tribunaux de valider des testaments qui seraient par ailleurs nuls pour défaut de forme jugé non essentiel ? L'application de l'article 714 C.c.Q. doit-elle au contraire être limitée aux seuls testaments qui ne présentent, somme toute, qu'un vice de forme mineur ? Si tel est le cas, il faut se rappeler qu'à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, les tribunaux validaient déjà les testaments qui ne présentaient qu'un défaut de forme mineur, et ce, sans disposition expresse en ce sens.

On peut dès lors se demander si l'introduction de l'article 714 dans le *Code civil du Québec* était vraiment justifiée. Cette question présente un réel intérêt dans la mesure où chaque validation accor-

dée de façon libérale a invariablement pour effet de porter atteinte à une autre disposition du Code et à une condition de forme jugée « essentielle » par la majorité de la doctrine. Nous tenterons de répondre à ces interrogations en identifiant, dans un premier temps, le cadre théorique qui vise le sauvetage des testaments dont la forme est imparfaite (1). Dans un deuxième temps, nous aborderons l'étude de la jurisprudence pertinente afin de déterminer si une tendance se dégage de l'analyse et de l'application de l'article 714 C.c.Q. (2). Enfin, dans un troisième temps, nous tenterons de répondre à nos interrogations dans un cadre synthétique et analytique. Il nous sera alors donné d'évaluer la pertinence de l'article 714 C.c.Q. au regard de la situation qui prévalait sous le *Code civil du Bas Canada* et de celle qui prévaut encore en droit français (3).

### 1. LE CADRE THÉORIQUE DE L'ARTICLE 714 C.c.Q.

Le testament est un acte solennel strictement réglementé par le *Code civil du Québec*. L'article 712 C.c.Q. prescrit ainsi les formes qu'il peut revêtir : « On ne peut tester que par testament notarié, olographe ou devant témoins ». Les conditions de forme doivent être respectées pour chacun d'eux, sous peine de nullité. Cependant, l'article 713 C.c.Q. prévoit une première exception :

Les formalités auxquels les divers testaments sont assujettis doivent être observées, à peine de nullité.

Néanmoins, le testament fait sous une forme donnée et qui ne satisfait pas aux exigences de cette forme vaut comme testament fait sous une autre forme, s'il en respecte les conditions de validité.

En présence d'un testament olographe ou devant témoins, la procédure de vérification est nécessaire afin d'établir que le testament respecte les conditions de forme édictées par le *Code civil du Québec*. En réalité, la vérification d'un testament a pour but d'en permettre le dépôt au greffe du tribunal et d'en délivrer des copies certifiées. Un problème se pose toutefois lorsque le testament ne respecte ni les conditions de sa propre forme, ni celles d'une autre forme prévue au Code<sup>10</sup>. C'est la raison d'être de l'article 714 C.c.Q. : permettre la survie d'un testament qui respecte, pour l'essentiel, les conditions de sa forme (1.1), et qui traduit de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt (1.2).

---

10. Voir les articles 726, 727 et 713, al. 2 C.c.Q.

### 1.1 Les testaments pouvant faire l'objet d'un sauvetage

L'article 714 C.c.Q. concerne le testament olographe et le testament devant témoins. Les articles 726 et 727 C.c.Q., pour leur part, en prévoient les conditions de validité :

**726.** Le testament olographe doit être entièrement écrit par le testateur et signé par lui, autrement que par un moyen technique.

**727.** Le testament devant témoins est écrit par le testateur ou par un tiers.

En présence de deux témoins majeurs, le testateur déclare ensuite que l'écrit qu'il présente, et dont il n'a pas à divulguer le contenu, est son testament ; il le signe à la fin ou, s'il l'a signé précédemment, reconnaît sa signature ; il peut aussi le faire signer par un tiers pour lui, en sa présence et suivant ses instructions.

Les témoins signent aussitôt le testament en présence du testateur.

Selon l'article 714 C.c.Q., le testament olographe ou devant témoins doit remplir deux conditions : satisfaire pour l'essentiel aux conditions de sa forme et contenir de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. Cette disposition peut ainsi permettre la survie des dernières volontés du défunt malgré un défaut de forme qui aurait par ailleurs dû entraîner la nullité du testament.

Soulignons que, pour ces deux types de testaments, la mention de la date n'est pas requise. Toutefois, il serait souhaitable qu'elle y soit inscrite. Elle pourrait en effet faciliter la preuve de la capacité du testateur au moment de la rédaction de son testament et permettre d'établir l'ordre chronologique de testaments multiples<sup>11</sup>. Les conditions de forme entourant le testament olographe et le testament devant témoins n'étant pas les mêmes, nous verrons successivement les atteintes portées aux conditions du premier (1.1.1) puis à celles du second (1.1.2).

---

11. Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, 4<sup>e</sup> éd., d'après l'œuvre originale de Germain BRIÈRE, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n<sup>o</sup> 489, p. 302.

### **1.1.1 Les atteintes aux conditions de forme du testament olographe**

L'article 726 C.c.Q. édicte deux conditions de validité du testament olographe : être entièrement écrit par le testateur et être signé par lui. La question des conditions essentielles du testament olographe a fait couler beaucoup d'encre, sans toutefois que cela ne provoque de répercussions significatives en jurisprudence. En effet, nous verrons que pour apprécier un défaut de forme, les auteurs et les juges soutiennent soit la thèse de l'approche objective, soit celle de l'approche subjective. Si certains juges ont refusé de reconnaître comme testament olographe des écrits qui ne respectaient pas les deux conditions requises par l'article 726 C.c.Q., d'autres ont parfois été très tolérants<sup>12</sup>. Nous verrons d'abord les atteintes à la forme généralement acceptées par la jurisprudence (1.1.1.1) pour ensuite nous intéresser à des situations plus complexes, sources d'une jurisprudence contradictoire (1.1.1.2).

#### *1.1.1.1 Les atteintes généralement acceptées*

Le législateur n'a pas défini l'exigence prévue à l'article 714 C.c.Q. selon laquelle le testament doit satisfaire pour « l'essentiel » aux conditions de sa forme. Ce sont les tribunaux qui doivent se prononcer sur cette question. Ils doivent alors déterminer si le vice de forme dont est affecté un document lui est ou non fatal.

Il est reconnu que certains défauts sont habituellement considérés comme étant de ceux qui ne portent pas atteinte aux conditions de forme essentielles du testament olographe. Il s'agit notamment du formulaire rempli de façon manuscrite et signé par le

---

12. *Michenko (Succession de)*, 2007 QCCS 1109 ; *Lessard c. Lessard*, 2002 CanLII 20912 (QC C.A.) ; *Rioux (Succession de)*, J.E. 97-263 (C.S.) ; *Mercier et Mercier-Charron*, [1995] R.J.Q. 1446 (C.S.) ; *Morin c. Morin*, J.E. 95-540 (C.S.). Les trois décisions suivantes ont toutes été infirmées en Cour d'appel : *Aubé (Succession d')*, 2009 QCCS 568 infirmé par *Aubé (Succession d')* c. *St-Amand*, 2010 QCCA 1031 ; *Kaouk (Succession de)*, 2007 QCCS 1797 infirmé par *Kaouk (Succession de)* c. *Kaouk*, 2008 QCCA 192 ; *Gariépy (Succession de)*, 2005 CanLII 2823 (QC C.S.), infirmé par *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, 2006 QCCA 123.

testateur<sup>13</sup>. Celui-ci était déjà reconnu comme testament olographe sous le *Code civil du Bas Canada*<sup>14</sup> :

[...] les tribunaux ont vu dans l'utilisation d'une formule imprimée, [...] l'intention du testateur de ne pas décéder *intestat*, intention qu'ils n'ont pas voulu brimer par l'application rigoriste du texte de loi.<sup>15</sup>

L'atteinte à la forme peut également être constatée dans la rédaction d'un codicille par le défunt car cela constitue un ajout à des dispositions testamentaires antérieures. À titre d'exemple, citons le testament notarié sur lequel est rédigé et signé un codicille olographe. Ce fut le cas dans l'affaire *Duggan (Succession de)*<sup>16</sup>. Parce que le codicille avait été rédigé de la main de la testatrice et que la signature qui figurait à sa suite était bien la sienne, la Cour supérieure a reconnu la validité du codicille puisqu'il respectait la forme du testament olographe. En revanche, les ratures et ajouts postérieurs au codicille ont été jugés nuls faute de signature et parce qu'un doute subsistait quant à la volonté certaine et non équivoque du testateur.

De façon générale, les modifications manuscrites, signées ou paraphées et apposées sur un testament<sup>17</sup> ou un formulaire<sup>18</sup> sont validées par l'application de l'article 714 C.c.Q. Il a ainsi été reconnu, dans l'affaire *Beaton*<sup>19</sup>, que des corrections manuscrites comportant la signature du testateur sur un testament rédigé à l'aide d'un moyen technique étaient valables. Le juge a accueilli la requête en validation du testament pour valoir sous la forme olographe.

13. Voici quelques exemples : *Mainville (Succession de)*, 2010 QCCS 2566 ; *Dunsmuir (Succession de)*, 2005 CanLII 6709 (QC C.S.) ; *Poulin (Succession de) c. Duchêne*, 1999 CanLII 13379 (QC C.A.) ; *Lessard c. Lessard*, J.E. 98-1300 (C.S.).

14. *Ouellet req.*, rapporté à (1977-78) 80 R. du N. 329 ; *Lafrance c. Succession Duval*, [1989] R.J.Q. 366 (C.S.).

15. G. BRIÈRE, préc., note 1, n° 416, p. 527.

16. *Duggan (Succession de)*, 2006 QCCS 2590. Dans le même sens : *Gauthier (Succession de) c. Gauthier*, 2011 QCCS 3798 ; *Bédard (Succession de)*, 2011 QCCS 1479 ; *Nasry c. Nasry*, 2005 CanLII 5633 (QC C.S.) ; *S.T. c. P.T.*, 2003 CanLII 37132 (QC C.S.) ; *contra* : *Favreau (Succession de)*, 2005 CanLII 15947 (QC C.S.) : une rature manuscrite sur un testament notarié avec la mention « cancellation » et comportant la signature du testateur n'a pas été validée en tant que testament olographe.

17. *Tellier (Succession de)*, 2006 QCCS 5303 ; *Beaton (Re)*, 2005 CanLII 44134 (QC C.S.) ; *Moreau c. Moreau (Succession de)*, 2002 CanLII 46637 (QC C.S.) ; *King (Succession de)*, C.S. Montréal, n° 500-14-010000-982, 17 décembre 1998, j. Tremblay, [1998] n° AZ-99026130.

18. *Pontbriand et Verreault*, 2006 QCCS 5773.

19. *Beaton (Re)*, préc., note 17.

L'indication de la date n'est pas une condition prévue par l'article 726 C.c.Q.<sup>20</sup>. Son absence ne peut donc constituer un défaut. L'emplacement de la signature sur le testament olographe ne constitue pas davantage un défaut de forme et ne pose pas d'obstacle à sa validation<sup>21</sup>. On peut observer qu'en cette matière, c'est l'inverse qui prévalait sous le *Code civil du Bas Canada*<sup>22</sup>. Il en va de même pour la jurisprudence française qui exige que la signature soit inscrite à la suite des dispositions testamentaires<sup>23</sup>.

La signature du testateur ne doit pas être apposée au verso du document<sup>24</sup>. En outre, un document où ne se trouvent apposées que des initiales peut être validé<sup>25</sup>, tout comme l'ajout paraphé sur un testament olographe après la signature du testateur<sup>26</sup>.

#### 1.1.1.2 Les atteintes controversées

Les atteintes controversées illustrent parfaitement la difficulté à laquelle est confronté le juge lorsqu'il doit déterminer si le vice est tel que le testament ne satisfait pas aux conditions essentielles de sa forme. Le professeur Beaulne s'exprime ainsi à ce sujet :

On sait que l'article 726 C.c.Q. soumet la validité formelle du testament olographe aux deux seules formalités suivantes, soit la rédaction du document par le testateur et sa signature apposée à l'écrit. Est-ce que l'une ou l'autre de ces formalités serait moins « essentielle » ?

Pour la doctrine, il semble généralement acquis que les deux conditions sont essentielles à la validité du testament olographe.<sup>27</sup>

Un courant jurisprudentiel considère que les deux conditions de l'article 726 C.c.Q. sont essentielles à la validité du testament. Dans un premier temps, l'atteinte controversée peut concerner la

20. *Bédard (Succession de)*, préc., note 16 ; *Lehan c. Moufrage-Renaud*, 1997 CanLII 10535 (QC C.A.).

21. *Gauthier (Succession de) c. Gauthier*, préc., note 16 ; *Minville (Re)*, J.E. 95-1406 (C.S.).

22. Art. 854 C.c.B.C.

23. *Infra*, section 3.1.2.3 : la fonction de la signature en droit français.

24. *Langlais (Succession de) c. Langlais-Bouchard*, 1999 CanLII 13313 (QC C.A.).

25. *Côté c. Blouin*, 2009 QCCS 5182 ; *King (Succession de)*, préc., note 17.

26. *Rochon c. Touchette*, 2004 CanLII 45402 (QC C.S.).

27. Jacques BEAULNE, *La liquidation des successions*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, nos 71 et 72, p. 41 et 42.

rédaction du testament. Ainsi, dans l'affaire *Lamb (Succession de)*<sup>28</sup>, le juge Mayer a considéré que le document ne répondait pas aux exigences de l'article 726 C.c.Q. puisqu'il n'avait pas été entièrement écrit par le testateur. Selon lui, « l'article 714 C.c.Q. ne [permet] pas de reconnaître comme testament olographe un document presque exclusivement dactylographié ». Dans son analyse, le juge se réfère à la décision *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*<sup>29</sup> :

L'article 714 C.c.Q. doit être interprété comme conférant au juge le pouvoir discrétionnaire de valider un testament informel, si les dernières volontés du défunt y sont exprimées de façon non équivoque, en autant que [sic], préalablement, le juge en vienne à la conclusion que le vice affectant le document n'est pas fondamental, c'est-à-dire qu'il ne concerne pas une condition « essentielle » à sa validité.

Dans cette affaire, le testament avait été rédigé électroniquement par le testateur sur son ordinateur ; il ne remplissait donc pas l'une des deux conditions requises. La vérification n'a donc pas été menée à terme, même s'il avait par ailleurs été prouvé que le document était bien celui du défunt et qu'il reflétait ses dernières volontés. Nous verrons que la doctrine est divisée sur la question de savoir laquelle de l'approche objective<sup>30</sup> ou subjective<sup>31</sup> doit prévaloir dans l'analyse des conditions essentielles. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ont rapidement fait preuve d'une certaine souplesse en validant des testaments olographes qui ne respectaient pas toutes les conditions requises.

La difficulté réside dans le fait que les critères formels essentiels n'ont jamais été déterminés avec précision. Il en résulte qu'une condition de forme considérée comme essentielle par un juge ne le sera pas nécessairement par un autre. Aussi, certaines décisions ont atténué l'exigence cumulative des deux conditions de forme du testament olographe pour en arriver à valider un testament qui n'en respectait qu'une seule. Ce fut le cas dans l'affaire *Michenko (Succession de)*<sup>32</sup> où le testament olographe avait été entièrement rédigé par

28. *Lamb (Succession de)*, 2010 QCCS 1531. Dans le même sens ; *Dufour (Succession de)*, 2009 QCCS 1706 ; *Desruisseaux (Succession de)*, 2009 QCCS 1707 ; *Côté c. Caron*, 2009 QCCS 1387 ; *Thériault (Succession de)*, C.S. Kamouraska, n° 250-14-000287-989, 19 février 1999, j. Taschereau, [1999] n° AZ-99026218 ; *Demers (Succession de)*, C.S. Québec, n° 200-14-002614-979, 11 septembre 1998, j. Lesage, [1998] n° AZ-98021935.

29. *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, 2006 QCCA 123, par. 23.

30. *Infra*, section 1.2.2.1.

31. *Infra*, section 1.2.2.2.

32. *Michenko (Succession de)*, préc., note 12.

le conjoint du testateur. Ce fut encore le cas dans l'affaire *Mercier et Mercier-Charron*<sup>33</sup> concernant un testament entièrement écrit par la légataire universelle. Ces décisions ont cependant toujours été motivées par la volonté de respecter l'objectif du législateur de faire prévaloir les dernières volontés du testateur sur les conditions de forme.

Dans un second temps, le vice peut concerner la signature, dont l'absence totale est souvent fatale. Le professeur Beaulne souligne en ce sens :

En ce qui concerne la signature, elle semble généralement être considérée comme constituant une formalité essentielle au testament olographe et, de ce fait, son absence ou une lacune quant à son exécution ne donnerait pas ouverture à la vérification particulière de l'article 714 C.c.Q.<sup>34</sup>

La très grande majorité des décisions rejette la requête en validation d'un testament olographe non signé<sup>35</sup>. Toutefois, dans l'affaire *Gariépy (Succession de)*<sup>36</sup>, a été validé le testament olographe rédigé par le testateur, mais non signé<sup>37</sup>. Dans cette affaire, le testateur avait présenté un projet définitif à un notaire en lui expliquant qu'il s'agissait de ses dernières volontés et qu'il souhaitait en faire un testament notarié. Le testateur est décédé avant d'avoir pu signer l'original notarié. Ce jugement a cependant été infirmé par la Cour d'appel<sup>38</sup> qui s'est montrée plus conservatrice en considérant le défaut de signature comme étant un vice majeur.

33. *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12. *Contra* pour des testaments écrits par des tiers : *Côté c. Caron*, préc., note 28 ; *Desruisseaux (Succession de)*, préc., note 28 ; *Bonneau (Succession de)*, 2002 CanLII 5598 (QC C.S.).

34. J. BEAULNE, préc., note 27, n° 78, p. 44.

35. *Aubé (Succession d') c. St-Amand* (C.A.), préc., note 12 ; *Bélangier (Succession de)*, 2009 QCCS 72 ; *Paradis c. Groleau-Roberge*, 1999 CanLII 13339 (QC C.A.) ; *F.T. c. A.L.*, 2002 CanLII 38154 (QC C.S.) ; *Lavallée (Succession de)*, C.S. Labelle, n° 560-14-000008-957, 10 mars 1995, j. Trudel, [1995] n° AZ-95021387. Application à un codicille non signé : *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, préc., note 12 (C.A.).

36. *Gariépy (Succession de)*, (C.S.), préc., note 12. Voir aussi *Aubé (Succession d')*, préc., note 12. Ces deux jugements ont été infirmés par la Cour d'appel.

37. Exemple de validation de testament olographe rédigé par le testateur mais non signé : *Lessard c. Lessard*, préc., note 12 ; *Morin c. Morin*, préc., note 12. Ces deux décisions retiennent le caractère certain et non équivoque des dernières volontés du défunt.

38. *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, (C.A.), préc., note 12. Voir aussi *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, (C.A.), préc., note 12.



### **1.1.2 Les atteintes aux conditions de forme du testament devant témoins**

L'article 727 C.c.Q. semble offrir plus de flexibilité quant à la possibilité que soit appliqué l'article 714 C.c.Q. Les conditions qui y sont prévues, plus nombreuses mais moins rigoureuses que celles édictées par l'article 726 C.c.Q., permettent une plus grande souplesse quant à l'exigence du respect des conditions de forme requises pour le testament devant témoins. En ce sens, selon le professeur Beaulne :

En scrutant les formalités énoncées à l'article 727 C.c.Q., on peut se demander lesquelles sont véritablement essentielles à la validité du testament devant témoins. Par exemple, est-il essentiel que les témoins soient présents et signent en même temps, que chaque page du document soit paraphée, ou encore que celui-ci soit signé à la fin ?<sup>39</sup>

Quelles sont donc les conditions essentielles à la validité du testament devant témoins ? Faute de pouvoir en dresser une liste exhaustive, c'est encore une fois la jurisprudence qui doit répondre à cette question. Les conditions de forme du testament devant témoins étant plus nombreuses, nous les passerons rapidement en revue (1.1.2.1) avant de faire état de la jurisprudence qui les concerne (1.1.2.2) et d'analyser le défaut de forme le plus souvent invoqué (1.1.2.3).

#### *1.1.2.1 Les conditions de forme du testament devant témoins*

L'alinéa 1 de l'article 727 C.c.Q. permet que le testament devant témoins soit rédigé par le testateur ou par un tiers, y compris à l'aide d'un moyen technique. Cette condition offre une telle liberté qu'elle n'a jamais empêché la validation d'un testament en vertu de l'article 714 C.c.Q.

L'alinéa 2 *in limine* de l'article 727 C.c.Q. précise qu'« [e]n présence de deux témoins majeurs, le testateur [doit déclarer] [...] que l'écrit qu'il présente, et dont il n'a pas à divulguer le contenu, est son testament ». Cette phrase prévoit deux exigences : d'une part, le testament doit avoir été signé en présence de deux témoins majeurs. Le non-respect de cette condition constitue l'atteinte principale et la plus controversée. Elle fera l'objet d'un développement ultérieur<sup>40</sup>.

39. J. BEAULNE, préc., note 27, n° 79, p. 44.

40. *Infra*, section 1.1.2.3.

D'autre part, le testateur doit déclarer qu'il s'agit de son testament. Dans l'affaire *Cabba (Succession de)*<sup>41</sup>, le testament pourtant signé par deux témoins n'a pas été validé parce que le document leur avait été présenté comme étant une autorisation visant à régler les funérailles plutôt que comme un véritable testament.

L'alinéa 2 *in fine* de l'article 727 C.c.Q. précise que « [l]e testament doit être signé à la fin ou, s'il [le testateur] l'a signé précédemment, reconnaît sa signature ; il peut aussi le faire signer par un tiers pour lui, en sa présence et suivant ses instructions »<sup>42</sup>. L'alinéa 3 exige pour sa part que les témoins signent en présence du testateur. Les tribunaux ont eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur la question de la signature. Ces décisions forment un courant jurisprudentiel plutôt constant. Voyons ce qu'il en est.

#### 1.1.2.2 Une jurisprudence plutôt constante

Afin de respecter la condition édictée à l'alinéa 2 de l'article 727 C.c.Q., la signature doit apparaître à la fin du document<sup>43</sup>. Toutefois, les professeurs Brière et Beaulne sont d'avis que « cette formalité ne fait pas partie des « formalités essentielles » du testament devant témoins et que le recours à l'article 714 C.c.Q. permettrait de passer outre un tel vice »<sup>44</sup>. Dès 1995, la Cour d'appel a confirmé<sup>45</sup> cette position sans qu'aucun jugement contraire n'ait été rendu depuis.

Le troisième alinéa de l'article 727 C.c.Q. exige que « [l]es témoins signent aussitôt le testament en présence du testateur ». Cela signifie que la signature du testateur doit, en principe, être apposée en présence des deux témoins juste avant que ceux-ci ne signent à leur tour. Cette formalité a pour but de confirmer que la signature est bien celle du testateur.

Il est vrai que la Cour suprême du Canada a apporté des distinctions à cet égard – distinctions qui semblent avoir été suivies par la jurisprudence – en envisageant les deux hypothèses suivantes<sup>[46]</sup> : ou le testateur avait signé devant les témoins, et alors il ne serait pas nécessaire

41. *Cabba (Succession de)*, J.E. 99-2160 (C.S.).

42. Art. 727, al. 2 C.c.Q.

43. Cela était déjà exigé par l'article 851 du *Code civil du Bas Canada*.

44. J. BEAULNE, préc., note 11, n° 499, p. 308.

45. *Bertrand c. Mattia*, 1995 CanLII 4709 (QC C.A.).

46. *Wynne c. Wynne*, (1921) 62 R.C.S. 74, 89.

que le testament soit reconnu expressément<sup>[47]</sup>, ou le testateur a fait venir des témoins après avoir lui-même signé, et alors il devrait les informer que tel document est son testament et que la signature y apposée est la sienne<sup>[48]</sup>.<sup>49</sup>

Le testament dans lequel les témoins n'ont pas signé en même temps peut également être validé<sup>50</sup> sauf si le juge considère qu'un tel vice ne peut pas être contourné<sup>51</sup>. Signalons un écart étonnant : dans l'affaire *Thérien c. Lesage-Béland*<sup>52</sup>, non seulement les témoins n'ont pas signé en présence l'un de l'autre, mais l'un d'eux aurait même signé le formulaire rempli avant que ne le fasse la testatrice. Cela n'a pas empêché le juge Pronovost de valider le testament.

L'absence de paraphe sur certaines pages n'empêche pas la validation du testament devant témoins<sup>53</sup> lorsqu'il existe un lien concret entre toutes les pages et que l'authenticité de chacune des pages est assurée par une continuité formant un ensemble cohérent. Le tout doit toutefois être signé à la fin, par le testateur et les témoins. À l'inverse, toutes les pages paraphées d'un testament non signé à la fin ne sauraient suffire, à l'instar de l'affaire *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*<sup>54</sup>, à permettre la validation d'un document ne contenant pas *de façon certaine et non équivoque* les dernières volontés du testateur.

---

47. La reconnaissance du testament serait alors implicite. Voir *Pelletier et Côté*, J.E. 95-343 (C.S.), où le juge a estimé que le testateur avait implicitement reconnu son testament en le signant en présence des témoins et qu'il n'avait donc pas à reconnaître formellement sa signature.

48. Dans ce cas, la reconnaissance du testament est plus solennelle, en ce qu'elle doit prendre la forme d'une déclaration faite par le testateur aux témoins à l'effet que l'écrit qu'il leur demande de signer est réellement son testament. Voir notamment *Roberge (Succession de)*, J.E. 2000-948 (C.S.), où le juge a refusé de reconnaître comme valide le document qui accusait plusieurs défauts de forme, dont l'absence de reconnaissance du testament par la testatrice et le fait que la signature des témoins ait été faite hors la présence de la testatrice.

49. J. BEAULNE, préc., note 11, n° 497, p. 305.

50. *Tremblay c. Roy*, [2001] R.J.Q. 166 (C.S.) ; *Guénette c. Pomerleau*, J.E. 96-1153 (C.S.) ; *Côté c. Lataille*, [1999] R.L. 152 (C.S.).

51. *Roberge (Succession de)*, préc., note 48.

52. *Thérien c. Lesage-Béland*, 2008 QCCS 5833.

53. *Casabon (Succession de)*, 2010 QCCS 6740 ; *Lapierre (Re)*, 2008 QCCS 4553 ; *Pelletier et Côté*, préc., note 47.

54. *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*, J.E. 2001-495 (C.S.) et confirmé en appel dans *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*, 2002 CanLII 41143 (QC C.A.).

La signature du testateur est indispensable à la confirmation de ses choix et à l'approbation du document qui les contient<sup>55</sup>. C'est la raison pour laquelle on a refusé, faute d'avoir pu convaincre le tribunal que l'intention du testateur était bien de confirmer le contenu de son testament, de valider la signature d'un illettré hors la présence des témoins<sup>56</sup>.

Dans tous les cas, le document joint à la requête en validation de testament doit être l'original du testament. Les tribunaux ont à juste titre refusé de vérifier une copie « certifiée » qui avait été rédigée et conservée par une avocate<sup>57</sup>.

### 1.1.2.3 La présence d'un seul témoin

Comme nous l'avons vu, l'article 727, al. 2 C.c.Q. exige la présence de deux témoins majeurs. Dans l'affaire *Robitaille et Gagnon*<sup>58</sup>, le juge Letarte affirme qu'il s'agit de la seule condition vraiment essentielle. La discrétion judiciaire pourrait cependant être exercée à l'égard des autres formalités requises par l'article 727 C.c.Q. Ainsi, certaines décisions ont refusé de valider un testament fait devant un seul témoin et ce, sans qu'on ait cherché à établir l'*animus testandi* du testateur. Dans ces cas, il a été décidé que la présence de deux témoins était une condition essentielle<sup>59</sup>.

De plus, il ne suffit pas pour les témoins d'être simplement physiquement présents sur les lieux ; ils doivent aussi signer tous les deux. La Cour d'appel<sup>60</sup> a ainsi refusé de valider un testament signé par le testateur en présence de deux témoins, mais dont un seul avait apposé sa signature, au motif qu'il ne serait pas pertinent de retenir la seule présence d'une personne qui se trouverait à proximité. La Cour indique en ce sens que « le législateur [n'a pas] voulu diluer à un tel point les conditions de forme auxquelles sont assujet-

55. *Gardner c. Hubbard-Robertson (Succession de)*, [1995] R.L. 292 (C.S.). Appel rejeté dans *Lehan c. Moufrage-Renaud*, préc., note 20.

56. *Francoeur c. Jalbert*, [1994] R.J.Q. 2919 (C.S.).

57. *St-Laurent c. Demers-Racine*, [2005] R.L. 502 (C.S.). *Contra* : *Cantin (Succession de) c. Bonhomme*, 2010 QCCS 2570.

58. *Robitaille et Gagnon*, [1996] R.J.Q. 156 (C.S.).

59. *Veilleux (Succession de)*, 2005 CanLII 2156 (QC C.S.) ; *Favreau (Succession de)*, préc., note 16 ; *Robichaud c. Breton*, 2001 CanLII 3695 (QC C.S.) ; *Casaubon c. Blair*, [2000] R.J.Q. 2295 (C.S.).

60. *Poulin c. Fontaine*, 2000 CanLII 11326 (QC C.A.).

tis les testaments devant témoins »<sup>61</sup>. Il s'agit en fait de préserver l'intention non équivoque du testateur de disposer de ses biens sans contrainte externe. Aussi, lorsqu'il existe un doute sur la présence d'un deuxième témoin, les tribunaux rejettent parfois la requête<sup>62</sup>.

Un testament signé devant un seul témoin a cependant été validé par la Cour d'appel dans l'affaire *Paradis c. Jones*<sup>63</sup>. Dans sa décision, la Cour propose une analyse de la volonté de tester au regard de l'appréciation du vice constaté. Elle y fait prévaloir l'*animus testandi* du défunt ainsi que la finalité recherchée par l'article 714 C.c.Q. :

La signature du deuxième témoin n'ajouterait rien à l'intégrité de l'acte testamentaire, dont la sincérité et l'authenticité sont démontrées et n'ont même pas été contestées. Au contraire, l'exigence de cette deuxième signature, si elle devait emporter la nullité du testament, viendrait contrarier l'objectif poursuivi par le Législateur.<sup>64</sup>

Dans le même esprit, un testament devant témoins a été validé même si le document avait simplement été paraphé par le testateur, les témoins et un avocat, leurs signatures complètes ayant été apposées en présence du juriste sur des affidavits annexés au testament<sup>65</sup>. Précisons que dans ce cas, il ne subsistait aucun doute sur la volonté certaine de tester.

Il n'est pas aisé de déterminer si une condition de forme peut être qualifiée d'« essentielle » à la validité du testament olographe ou devant témoins. En réalité, l'étude de la jurisprudence nous révèle que cette qualification dépend de la perspective analytique que le juge adopte afin d'apprécier le défaut de forme. La présence d'une volonté certaine et non équivoque étant, selon nous, une condition tout aussi essentielle à considérer pour donner à l'article 714 C.c.Q. sa véritable portée.

61. *Ibid.*, par. 46. Voir aussi, dans le même sens, *Patton c. Cappa*, 2003 CanLII 55070 (QC C.A.). Il est par ailleurs admis que le deuxième témoin puisse signer plus tard dans la même journée : *Côté c. Lataille*, préc., note 50. *Contra* : *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, 2004 CanLII 13654 (QC C.A.), où un testament a été lu à un aveugle par un notaire devant un témoin qui a ensuite apposé sa signature. On considère le notaire comme deuxième témoin et le testament est vérifié malgré l'absence de la signature du deuxième témoin.

62. *Ruthen c. Ruthen*, 1999 CanLII 13593 (QC C.A.).

63. *Paradis c. Jones*, 2008 QCCA 1105, par. 7. Dans le même sens : *Therrien (Succession de) c. Lallemand Therrien*, 2010 QCCS 321 ; *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, préc., note 60.

64. *Paradis c. Jones*, préc., note 63, par. 7.

65. *Lafond-Breton c. Lafond*, [1996] R.L. 145 (C.S.).

## 1.2 La présence d'une volonté certaine et non équivoque

À la lumière de la jurisprudence en la matière, il semble qu'il soit toujours aussi difficile, même 17 ans après l'adoption du *Code civil du Québec*, de définir avec précision ce que l'on entend par l'expression « satisfaire pour l'essentiel aux conditions requises par sa forme ». La lettre de l'article 714 C.c.Q. est vague et le commentaire du ministre<sup>66</sup> guère plus précis. La jurisprudence ne pouvait dès lors que se faire l'écho d'un certain malaise quant à l'application de cet article. C'est la raison pour laquelle les juges, afin de valider un testament, se sont maintes fois basés sur la deuxième condition prévue à l'article 714 C.c.Q. Il s'agit de la condition selon laquelle le testament doit contenir de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. Mais comment peut-on affirmer cette volonté de tester de « façon certaine et non équivoque » ? Et qui peut l'affirmer ? Nous verrons qu'il appartient à celui qui demande la validation du testament de prouver, *prima facie*, cette intention de tester (1.2.1) afin que le juge, pour rendre sa décision, puisse ensuite choisir entre l'analyse objective et l'analyse subjective (1.2.2).

### 1.2.1 La preuve *prima facie* de l'intention de tester

L'*animus testandi* ne se présume pas. Ainsi, dans l'affaire *Bazinet (Succession de)*<sup>67</sup>, le juge Tellier précise qu'il appartient à la personne qui demande la validation du testament d'établir que ce dernier reflète réellement les dernières volontés du défunt :

[...] le Tribunal est d'avis que c'est à la personne qui demande la vérification d'un testament olographe qui, à sa face même comporte un vice de forme, de faire la preuve que le document allégué reflète les dernières volontés de l'auteur, et ce de façon certaine et non équivoque.<sup>68</sup>

Dans cette affaire, le requérant demandait la validation d'un document qui n'était ni daté, ni signé. Le requérant se disait lui-même surpris par la teneur de ce document puisqu'il avait pour effet d'exclure l'une de ses sœurs de la succession. Or, cette sœur bénéficiait pourtant de toute la confiance de sa mère puisque cette dernière lui avait consenti une procuration pour prendre soin de sa personne et de ses biens. Vu les intentions contradictoires, le

66. *Supra*, note 9.

67. *Bazinet (Succession de)*, J.E. 97-111 (C.S.).

68. *Ibid.*, p. 5 de la décision.

contexte familial particulier et la faute par le requérant de s'être déchargé de son fardeau de preuve,

[...] le Tribunal est d'avis qu'il ne peut arriver à un degré de certitude suffisant pour se convaincre que le document [...] dont on demande la vérification contient de façon certaine et non équivoque les dernières dispositions testamentaires de Germaine Bazinet [...].<sup>69</sup>

L'importance de constater une « volonté non équivoque » est une fois de plus mise en lumière dans l'affaire *Strano (Succession de)*<sup>70</sup> où un document dactylographié indiquait des noms et des adresses associés à des pourcentages et était clôt par la mention « This is my choice ». Il était, de plus, complété par la signature du défunt. La Cour d'appel, sous la plume du juge Gagnon, propose une analyse en deux étapes. Il s'agit de déterminer, au terme de la première étape, si le vice de forme est fatal ou non. La seconde étape porte quant à elle sur l'analyse des circonstances qui entourent la conservation du document, sur la concordance ou non des témoignages et, donc, sur l'existence ou non d'une volonté certaine et non équivoque du testateur. Dans cette affaire, les conclusions de la première étape n'ont pas permis d'appliquer l'article 714 C.c.Q. La seconde étape n'a pas, non plus, suffi à convaincre le tribunal :

La Cour suprême a expliqué dans l'arrêt *Molinari c. Winfrey* [(1961) R.C.S. 91, 97] que le fardeau de la preuve incombe au requérant de prouver *l'animus testandi* du rédacteur, soit « une intention réfléchie, arrêtée et définitive de faire une disposition de ses biens à sa mort ».

Le Tribunal statue que les requérants ne se déchargent pas de leur fardeau de prouver, selon la deuxième étape de la grille d'analyse, qu'au moment du décès de monsieur [...], le document R-2 exprimait de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.<sup>71</sup>

Malgré l'exigence de l'article 714 C.c.Q. relative à la volonté de tester, nous verrons que, selon la perspective adoptée par le juge, cette volonté de disposer n'est pas toujours prise en compte par le juge.

69. *Ibid.*, p. 6 de la décision. Dans le même sens et parce que les requérants ne se sont pas acquittés de leur fardeau de preuve : *F.T. c. A.L.*, préc., note 35.

70. *Strano (Succession de)*, 2008 QCCS 3396, par. 68 (C.S.).

71. *Ibid.*, par. 96 et 97.

### 1.2.2 L'interprétation d'une volonté non équivoque

Selon le juge Nuss dans l'affaire *Paradis c. Groleau-Roberge*<sup>72</sup> :

La détermination de la dernière volonté en soi n'est pas suffisante. Encore faut-il que cette volonté soit exprimée en conformité aux exigences essentielles décrétées par le Code civil. Le législateur a sans doute déterminé que ces exigences essentielles étaient nécessaires pour s'assurer que ce qui est écrit exprime véritablement la dernière volonté du testateur.

[...]

Cet article [714 C.c.Q.] prévoit donc la validité d'un testament olographe imparfait lorsqu'il y a conjoncture de trois éléments :

- (1) Le testament satisfait aux conditions requises mais pas pleinement ;
- (2) Le testament, même avec l'imperfection, satisfait aux conditions essentielles ;
- (3) Il est établi que le testament contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.<sup>73</sup>

Ici, la question est de savoir si l'on doit procéder selon l'ordre établi par le juge Nuss. Doit-on d'abord constater un défaut de forme pour ensuite se poser la question de savoir si ce défaut affecte ou non une condition essentielle, et enfin déterminer si le document contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt ? Peut-on, immédiatement après avoir constaté le défaut de forme, déterminer si le document contient réellement les dernières volontés du défunt afin d'apprécier simultanément le caractère essentiel ou non de la condition qui n'a pas été respectée ? Et comment déterminer si la condition de forme revêt un caractère essentiel ? Il est possible de choisir entre deux approches afin de valider un testament dont la forme est viciée. La première, dite « objective », consiste d'abord à déterminer si l'atteinte aux conditions de forme est ou non fatale. Si le juge décide qu'elle l'est, l'*animus testandi* n'a pas à être établi. La deuxième approche, dite « subjective », consiste en une analyse globale qui tient compte, afin de déterminer si l'atteinte aux conditions de forme est ou non fatale, de la présence

72. *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35.

73. *Ibid.*, p. 10, 13 et 14 de l'arrêt.



d'une volonté certaine et non équivoque de tester. Par conséquent, le caractère essentiel de la condition en cause peut être analysé selon une approche *in abstracto* (objective) (1.2.2.1), ou une approche *in concreto* (subjective) (1.2.2.2).

### 1.2.2.1 *L'analyse objective*

Lorsque le juge applique l'analyse objective, il doit d'abord se poser la question de savoir si le vice de forme porte sur une condition formelle essentielle du testament. S'il considère, objectivement, que la condition est essentielle, son analyse s'arrêtera là ; il n'aura pas à se demander si l'écrit contient, « de façon certaine et non équivoque », les dernières volontés du testateur.

Dans l'affaire *Poulin c. Fontaine*<sup>74</sup>, le juge Forget s'exprime ainsi :

[31] Il n'est pas facile de déterminer quelles sont les conditions de forme **essentiels** au sens de l'article 714 C.c.Q. et celles qui ne le sont pas.

[32] Il est par ailleurs fort difficile de dégager des lignes directrices de l'étude des diverses décisions rendues depuis l'entrée en vigueur de cet article, vu les particularités de chaque écrit présenté pour être vérifié à titre de testament. [...]

[33] D'ailleurs, je ne suis pas certain qu'il serait approprié d'établir une liste des conditions essentielles et une autre de celles qui ne le sont pas, apportant ainsi une distinction que le législateur n'a pas jugé utile de faire et privant, par le fait même, de toute discrétion les juges appelés à vérifier de tels testaments.

[34] Si je devais malgré tout prendre le risque d'énoncer des conditions qui me paraissent incontournables, je dirais que le testament olographe doit être écrit, du moins pour la majeure partie, de la main du testateur et signé par lui. Quant au testament devant témoins, il me semble que les exigences minimales devraient porter sur la signature du testateur et des témoins.

En principe, l'analyse objective devrait être réalisée en fonction de critères bien définis où peu de place serait laissée à la discrétion judiciaire. Il suffirait de déterminer si, selon un barème établi, le défaut de forme porte ou non atteinte majeure aux conditions pres-

---

74. *Poulin c. Fontaine*, préc., note 60, par. 31, 32, 33 et 34.

crites. Le juge Forget souligne avec justesse que le législateur n'a pas jugé utile d'établir une liste des conditions essentielles afin de ne pas priver le tribunal de son pouvoir discrétionnaire. Cela signifie entre autres que, pour un autre juge, les « exigences minimales » pourraient ne pas être les mêmes. Dans ces circonstances, peut-on toujours parler d'analyse objective ?

Quoi qu'il en soit, dans l'affaire *Poulin c. Fontaine*<sup>75</sup>, la Cour d'appel a retenu cette analyse pour le verso d'un document signé en présence de deux témoins mais ne comportant la signature que d'un seul, alors que le recto avait été vérifié comme testament devant témoins. Le juge Forget estime que « le législateur n'a pas voulu assouplir les conditions de forme du testament devant témoins en permettant de considérer comme témoin toute personne qui se serait trouvée à proximité du testateur au moment de la rédaction de son testament »<sup>76</sup>. L'analyse objective, retenue pour le verso du testament, a été appliquée au regard des conditions de forme considérées par le juge comme étant essentielles. Le testament n'a donc pas été validé.

L'analyse objective a également été appliquée par le juge Taschereau dans l'affaire *Thériault (Succession de)*<sup>77</sup>. Après analyse, le juge a refusé de reconnaître, pour valoir sous la forme olographe, un testament qui avait été dactylographié par le fils du défunt. Il a fondé sa décision sur l'article 726 C.c.Q., lequel exige que le document soit entièrement écrit par le testateur, autrement que par un moyen technique :

Suivant l'article 714 C.c.Q., un testament olographe [...] peut valoir nonobstant une carence de forme. Il doit cependant satisfaire à la fois les deux exigences posées par cette disposition : elles sont grammaticalement liées par la conjonction « et ». Partant, si l'une des conditions y énoncées n'est pas remplie, le testament ne peut pas être vérifié.

Dans l'ordre logique, il faut d'abord déterminer si le testament satisfait pour l'essentiel aux conditions requises par sa forme. En effet, rien ne justifie le tribunal d'apprécier la preuve soumise par les parties sur

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*, par. 46.

77. *Thériault (Succession de)*, préc., note 28. La validation est également refusée lorsque le document est rédigé par le testateur, mais à l'aide d'un moyen technique. Pour des exemples récents : *Lamb (Succession de)*, préc., note 28 et *Dufour (Succession de)*, préc., note 28.

la conformité du testament aux dernières volontés du défunt si le premier test n'est pas rencontré.

[...]

Le testament de Félix Thériault ne respectant pas l'une des formalités essentielles auxquelles le testament olographe est assujéti par l'article 726 C.c.Q., il n'y a pas lieu, pour le tribunal, de disposer de la conformité de son contenu aux dernières volontés de ce dernier.<sup>78</sup>

Le même scénario s'est reproduit dans l'affaire *Paradis c. Groleau-Roberge*<sup>79</sup>, où le juge Nuss a refusé de valider un testament olographe non écrit par la testatrice :

Si le défaut est tel que le testament ne satisfait pas à l'une des conditions essentielles, il ne devrait pas être vérifié et l'examen de la volonté du testateur devient à toute fin pratique sans objet.

Que le testament olographe soit écrit par le testateur est une condition essentielle requise par sa forme et un document qui est écrit par un tiers n'y satisfait pas pour l'essentiel. Le document ne vaut pas comme testament olographe et l'examen de l'autre critère devient inutile.<sup>80</sup>

Dans l'analyse objective, le défaut de signature est presque toujours considéré comme une atteinte fatale à une condition de forme essentielle. Par conséquent, dans ce contexte, l'analyse objective fait invariablement échec à la validation du testament. Depuis l'introduction de l'article 714 dans le Code, il est régulièrement fait appel à l'analyse objective pour apprécier le défaut de signature<sup>81</sup>. Pour preuve, dès 1994, dans l'affaire *Gardner c. Hubbard-Robertson*<sup>82</sup>, c'est l'approche objective qui a conduit le juge à refuser de valider un testament olographe. Dans ce cas, l'absence de signature a été considérée comme une atteinte à une condition formelle essentielle du testament.

En outre, l'analyse objective mène le juge à refuser de passer à l'étape suivante et d'établir une volonté certaine et non équivoque de tester lorsqu'il a considéré que l'atteinte à la forme était fatale. Ainsi, dans l'affaire *Veilleux (Succession de)*<sup>83</sup>, le juge Chabot a refusé de

78. *Thériault (Succession de)*, préc., note 28, p. 3, 7 et 8.

79. *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35.

80. *Ibid.*, p. 14.

81. Exemple de jugements récents qui retiennent l'analyse objective pour une absence de signature : *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, préc., note 12 (C.A.) et *Bélangier (Succession de)*, préc., note 35.

82. *Gardner c. Hubbard-Robertson (Succession de)*, préc., note 55.

83. Préc., note 59.

reconnaître pour valoir comme testament devant témoins un document signé par un seul témoin, même après avoir reconnu que :

[l]e législateur a voulu assouplir les règles relatives à la validité des testaments mais dans la mesure qui est prévue, c'est-à-dire que le testament doit satisfaire pour l'essentiel à la forme soit du testament olographe soit du testament devant témoins et contenir de façon certaine et non équivoque les volontés du défunt.

Ici, on satisfait à la deuxième condition d'une manière claire. C'est la première qui pose problème, c'est-à-dire la signature d'un seul témoin.<sup>84</sup>

À l'opposé, plusieurs jugements concluent plutôt, à travers la recherche de la volonté certaine et non équivoque du testateur, que la présence d'un seul témoin ne constitue pas une atteinte à une condition formelle essentielle du testament devant témoins. L'analyse objective conduit alors le juge à ne pas rechercher ou à ne pas tenir compte de la volonté du défunt lorsque, au terme de son appréciation souveraine, il considère que l'atteinte à la forme est injustifiable.

#### 1.2.2.2 *L'analyse subjective*

Nous venons de voir que, suivant l'analyse objective, le non-respect d'une condition que le juge considère comme étant essentielle (première étape) conduit ce dernier à ne pas tenter d'établir que l'écrit « contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt » (seconde étape).

En revanche, le juge qui opte pour l'approche subjective doit apprécier simultanément le caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur et l'atteinte à une condition de forme du testament.

Selon le professeur Kasirer (maintenant juge à la Cour d'appel), l'analyse subjective consiste à se demander si, compte tenu des

84. *Ibid.*, par. 5 et 6. Dans le même sens pour le testament devant témoins : *Robichaud c. Breton*, préc., note 59 ; *Casaubon c. Blair*, préc., note 59. Dans le même sens pour le testament olographe : *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, préc., note 12 ; *Lamb (Succession de)*, préc., note 28.

circonstances, la condition est essentielle pour s'assurer que les objectifs de cette condition sont atteints. Cet auteur nous explique :

[...] why invest courts with a discretion if one does not intend them to vary the appreciation of what are “essential requirements” on a case by case basis ? The inherent discretion in art. 714 is more likely an invitation for courts, faced with a given set of facts, to embark on an inquiry in line with the “form follows function” motto for Louis Sullivan.

Is it not more appropriate, in the context of an inquiry for substantial compliance, to measure what is an “essential requirement” *in concreto* rather than *in abstracto* ? In this sense, the “essential” nature of the formal requirement should not rest merely on the type of will – holograph or before witnesses – as an abstract category. Instead, one should ask whether the requirement in question is essential to fulfilling the purposes of the rules of form in the factual context of a given will's probate. Accordingly, a court should not state, as a proposition of law, that, say, the signature is necessarily an “essential requirement” of the holograph will in all circumstances. To evaluate the importance of the signature *in concreto*, the real question must be as follows : “is the signature essential, on these facts, to ensure that the functions ordinarily assured by rules of form be met ?” It is not conceivable, therefore, that a signature be “essential” in one case and non-essential in another, to take up that thorny example ?<sup>85</sup>

Selon l'approche subjective, la condition suivant laquelle un testament olographe ou devant témoins dont les conditions de forme n'ont pas été respectées « *vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel* » ne viserait en réalité qu'à préserver la volonté du testateur de toute influence extérieure. Selon le professeur Kasirer (maintenant juge à la Cour d'appel), la signature ne serait pas nécessairement une condition essentielle du testament olographe en toutes circonstances<sup>86</sup>.

Dans l'ouvrage intitulé *La réforme du Code civil*, le professeur Beaulne commente l'article 714 C.c.Q. en ces termes :

*Sous section 3- L'écrit conforme à la volonté du testateur*

214. Dernière exception au caractère essentiel des formalités, l'article 714 C.c.Q., qui attribue une discrétion au tribunal convaincu de la

85. Nicholas KASIRER, « The “Judicial Will” Architecturally Considered », (1996) 99 *R. du N.* 3, 17 et 18.

86. *Ibid.* Voir aussi *infra*, section 2.2.1, au sujet de l'affaire *Morin c. Morin*, préc., note 12 concernant le testament d'une personne qui s'était donné la mort.

conformité de l'écrit à la volonté du testateur, représente une grande innovation du Code civil.

215. Cette exception au formalisme strict des testaments se justifie par le désir du nouveau Code de respecter les volontés du testateur. Il faut cependant noter que l'application de cette nouvelle règle relève entièrement de la discrétion des tribunaux, qui devront tenir compte des critères énoncés à l'article 714 C.c.Q. En effet, pour que joue l'exception, il faut la réunion de trois conditions. Premièrement, l'exception ne joue qu'en présence d'un testament olographe ou fait devant témoins, et jamais pour le testament notarié. Deuxièmement, il faut que le document soumis à la cour soit un testament qui soit nul pour un défaut de forme ; [...] Enfin, le tribunal n'accueillera la demande que s'il est convaincu que l'écrit contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.<sup>87</sup>

Ce commentaire n'indique pas que le testament doit satisfaire, pour l'essentiel, aux conditions de sa forme. Cependant, l'auteur mentionne que les tribunaux doivent tenir compte des critères énoncés à l'article 714 C.c.Q. On peut comprendre que « l'exception au formalisme strict » implique une atteinte à la forme, non une absence totale de forme, comme ce serait le cas d'un document ni écrit, ni signé par le testateur<sup>88</sup>. En revanche, suivant la troisième condition, le tribunal doit établir que l'écrit contient les dernières volontés du défunt. Or, cet élément aurait été écarté dans une analyse objective. Selon nous, il s'agit là de la raison pour laquelle l'analyse subjective est la mieux adaptée à la lettre de l'article 714 C.c.Q.

En effet, il ne doit subsister aucun doute sur le document laissé par le défunt. L'écrit doit en ce sens révéler l'*animus testandi* du *de cuius*, c'est-à-dire sa réelle intention de procéder à la rédaction de son testament. C'est la raison pour laquelle

[...] le tribunal doit rechercher, à travers l'écrit qui lui est soumis, l'intention du défunt, afin de la faire prévaloir, le cas échéant, sur le formalisme défectueux de l'acte. Cette [...] condition constitue donc la pierre d'achoppement de la discrétion judiciaire qui découle de l'article 714 C.c.Q. En effet, lorsque le juge est convaincu de la présence de cet *animus testandi*, il peut choisir d'écarter la rigueur du formalisme testamentaire.<sup>89</sup>

87. Jacques BEAULNE, « Les successions (Ouverture, transmission, dévolution, testaments) », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, nos 214 et 215, p. 313.

88. Rioux (*Succession de*), préc., note 12.

89. J. BEAULNE, préc., note 27, p. 47, n° 85.

On constate ainsi que l'analyse subjective ne favorise pas forcément la validation du testament en toute circonstance. Dans l'affaire *Duggan (Succession de)*<sup>90</sup>, le juge Jacques a tenu compte des conditions de forme du testament olographe – soit un testament rédigé par le testateur et signé de sa main – avant de conclure que les modifications apportées au codicille n'étaient pas valables, faute d'être certain qu'il reflétait de façon non équivoque la volonté de la défunte. Les faits de cette affaire ont largement contribué à motiver cette décision dans la mesure où, dès le départ, des dissensions ont marqué les relations entre légataires, d'une part, et que, d'autre part, des suspicions de malversation ont été soulevées à l'égard du liquidateur. De plus, des analyses contradictoires ont été produites par deux experts en écriture, analyses qui n'ont pas permis de dissiper les doutes entourant la question de savoir s'il s'agissait réellement de l'écriture de la défunte. Dans cette affaire, le juge a considéré que, « bien que permettant de pallier un vice de forme, l'article 714 C.c.Q. n'autorise pas le juge à mettre de côté les conditions essentielles imposées par le législateur pour la validité de l'acte »<sup>91</sup>, soit, en l'espèce, l'absence de certitude concernant la volonté certaine et non équivoque du testateur. Cette analyse subjective offre certes au juge une certaine discrétion, mais une discrétion limitée aux faits<sup>92</sup>.

Selon nous, l'analyse subjective permet donc une meilleure prise en compte de la situation globale de chaque espèce. Toutefois, il subsiste un cas particulier pour lequel il est sans doute plus difficile de valider un testament par l'application de l'article 714 C.c.Q. : le testament olographe non signé par le testateur. Ce vice porterait atteinte à une condition essentielle dans la mesure où l'*animus testandi* du défunt ne pourrait être vérifié de façon certaine et non équivoque. Dans l'affaire *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*<sup>93</sup>, le document présenté aux fins de validation tenait davantage du projet de testament que de testament *per se*. Dans ses motifs, le juge Hilton souligne ainsi l'importance de la signature dans un cas semblable :

La signature a pour objectif principal de manifester le consentement à un acte, ce qui est particulièrement pertinent dans le contexte d'un testament. En ce sens, la signature peut permettre de distinguer entre

---

90. *Duggan (Succession de)*, préc., note 16.

91. *Ibid.*, par. 74.

92. Voir l'article 46 C.c.p. qui dispose que les tribunaux et les juges possèdent tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

93. Préc., note 12.

un testament qui est à l'état de projet et celui, final, qui représente véritablement les dernières volontés du testateur. La signature est donc pertinente pour analyser l'intention de tester. Cette intention ou cette absence d'intention peut d'ailleurs se prouver par tous moyens. La signature sert donc à marquer l'approbation personnelle et définitive du contenu du testament par le testateur.<sup>94</sup>

Convenons néanmoins que la jurisprudence présente un caractère hétérogène lorsqu'une décision rendue par une cour supérieure est postérieure et contraire à un arrêt de la Cour d'appel, concernant des faits similaires<sup>95</sup>. Cependant, nous devons souligner que depuis la décision *Lessard c. Lessard*<sup>96</sup> rendue en 2002, tous les jugements de première instance validant un testament nonobstant l'absence de signature du testateur, ont été infirmés par la Cour d'appel.

On observe par ailleurs que, dans le cadre du non-respect d'une condition de forme, l'analyse objective est beaucoup plus stricte que l'analyse subjective en ce qu'elle peut conduire à écarter la recherche de la volonté de tester du défunt. À l'inverse, l'analyse subjective permet plus de flexibilité dans l'appréciation du défaut de forme lorsque aucun doute ne subsiste sur le caractère certain et non équivoque de la volonté de tester. En ce sens, l'analyse subjective est plus susceptible d'assurer, conformément au souhait du législateur, la survie d'un testament autrement nul pour vice de forme.

Le type d'analyse retenu influence-t-il les décisions ? Dans l'affirmative, comment cette influence se manifeste-t-elle ? Y a-t-il plus de testaments validés grâce à l'analyse subjective ? Cette analyse a-t-elle toujours pour effet de permettre la survie de testaments qu'une analyse objective n'aurait pas validés ? C'est ce que devrait nous dévoiler la jurisprudence de ces 17 dernières années.

94. *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, préc., note 12 (C.A.), par. 36. Dans le même sens : *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, préc., note 12, avec dissidence toutefois de la juge Rayle qui considérait que le but visé par l'article 714 C.c. Q. avait été atteint et que vu le lien matériel probant, il aurait fallu faire prévaloir la volonté de la testatrice sur les exigences de forme.

95. À titre d'exemples pour des testaments olographes non signés, voir *Aubé (Succession d')*, préc., note 12 (il s'agit d'un jugement de la Cour supérieure postérieur à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, préc., note 12) ainsi que *Gariépy (Succession de)*, préc., note 12 (C.S.) (il s'agit d'un jugement postérieur aux affaires *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35 et *Poulin c. Fontaine*, préc., note 60).

96. *Lessard c. Lessard*, préc., note 12.



## **2. LE CADRE JURISPRUDENTIEL DE L'ARTICLE 714 C.c.Q.**

Afin de tenter de comprendre les raisons de l'inconstance qui caractérise la jurisprudence en matière de validation de testaments, nous avons procédé à une analyse de toutes les décisions rendues sur la base de l'article 714 C.c.Q. depuis 1994 jusqu'au 10 septembre 2011, date de la fin de nos recherches. Cent-six jugements ont ainsi été passés en revue afin d'en extraire les données les plus pertinentes. Nous présenterons d'abord les données statistiques qui nous ont permis de formuler quelques observations sur l'application de l'article 714 C.c.Q. (2.1), pour ensuite s'intéresser au cas particulier de l'analyse subjective de la condition dite « essentielle » (2.2).

### **2.1 Données statistiques des 17 dernières années**

Les données statistiques qui suivent ont été recueillies dans le but de mettre au jour une tendance jurisprudentielle pouvant expliquer l'inconstance des décisions rendues en application de l'article 714 C.c.Q.

Nous avons condensé les informations en regroupant les données et en distinguant entre les testaments olographes et les testaments devant témoins. Il est important de signaler que l'article 714 C.c.Q. ne trouve pas application dans certaines circonstances. Nous invoquerons d'abord très brièvement les jugements où cette disposition a été déclarée inopérante parce qu'alléguée à tort (2.1.1) avant de présenter les statistiques relatives au défaut de forme (2.2.2) et d'exposer celles concernant la mise en œuvre de l'article 714 C.c.Q. (2.2.3).

#### **2.1.1 Champ d'application de l'article 714 C.c.Q.**

Nous avons volontairement exclu de nos données statistiques douze causes où a été invoqué, à tort, l'article 714 C.c.Q. ou qui concernent des testaments qui ne présentaient aucun défaut de forme. Ces décisions ne nous sont d'aucune utilité dans l'évaluation de la pertinence de cette disposition. Néanmoins, nous devons y recourir afin de délimiter le champ d'application de l'article 714 C.c.Q. En voici une évocation succincte.

L'article 714 C.c.Q. ne saurait être invoqué dans le but de vérifier un écrit ne contenant aucune disposition testamentaire<sup>97</sup>. En effet, une missive portant sur des instructions destinées à un notaire ne peut être validée en la forme olographe, pas plus qu'une lettre explicative référant à un testament ne peut être validée en tant que codicille olographe. Aussi, le testament présenté pour validation doit être l'original<sup>98</sup> et ne pas être notarié<sup>99</sup> ; il doit donc à la fois être olographe ou devant témoins et présenter un vice de forme.

Que deux testaments aient été rédigés le même jour<sup>100</sup> n'affecte la forme ni de l'un ni de l'autre car ils ne sont pas forcément incompatibles. Rappelons que l'article 714 C.c.Q. n'a pas pour vocation d'analyser le contenu d'un écrit, mais bien d'en vérifier la forme. Dans l'affaire *Graveline (Succession de)*<sup>101</sup>, les deux testaments ont été validés parce qu'ils représentaient tous deux l'expression des dernières volontés du défunt.

Quant à la signature, les juges doivent en vérifier la présence ; s'il s'agit de la contester<sup>102</sup>, ce ne peut être en invoquant l'article 714 C.c.Q. Ainsi, dans l'affaire *Ruthen c. Ruthen*<sup>103</sup>, les juges Baudouin et Otis ont refusé d'entendre la preuve et ont rejeté l'appel.

Ne constitue pas davantage un défaut de forme le legs en faveur d'un témoin<sup>104</sup>. Le testament n'est pas nul pour autant : seul le legs est alors privé d'effet conformément aux dispositions de l'article 760, al. 1 C.c.Q. L'article 714 C.c.Q. ne peut pas non plus être invoqué dans le cadre d'une requête en validation de testament lorsque les conditions de l'article 729 C.c.Q. en matière de lecture du testament à un non-voyant n'ont pas été respectées<sup>105</sup>. De nullité

97. *Bié-Ricard c. Bouchard*, J.E. 2001-1862 (C.S.) et *Willis (Succession de) c. Royal Trust*, C.S. Montréal, n° 500-14-011914-991, 14 janvier 2000, j. Lanctôt, [2000] n° AZ-00026122.

98. *St-Laurent c. Demers-Racine*, préc., note 57. *Contra* : *Cantin (Succession de) c. Bonhomme*, préc., note 57.

99. *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, [2001] R.J.Q. 1244 (C.S.), confirmé en appel par *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, préc., note 60.

100. *Graveline (Succession de)*, 2006 QCCS 908.

101. *Ibid.*

102. *Ruthen c. Ruthen*, préc., note 62 ; *Raymond c. Gagnon*, 2005 CanLII 30000 (QC C.S.).

103. *Ruthen c. Ruthen*, préc., note 62, avec dissidence.

104. *F.F. (Succession de)*, 2003 CanLII 19348 (QC C.S.).

105. *Ford (Succession de)*, 2009 QCCS 128.

absolue, le testament conjoint<sup>106</sup> ne peut certainement pas être validé par l'article 714 C.c.Q.

Enfin, le défaut ne doit pas concerner une règle de fond. L'article 714 C.c.Q. n'a pas été appliqué dans une affaire relative à l'incapacité du testateur<sup>107</sup>, pas plus qu'il n'aurait dû l'être dans une affaire concernant un témoin mineur<sup>108</sup>.

### **2.1.2 Statistiques relatives au défaut de forme**

Rappelons que l'analyse objective consiste d'abord à se poser la question de savoir si le vice de forme contrevient de façon irrémédiable à une condition formelle du testament. Dans l'affirmative, la volonté du défunt ne sera pas recherchée. À l'inverse, si l'atteinte est considérée comme mineure, la volonté du défunt sera recherchée. Par conséquent, dans le cadre des jugements validant un testament, l'analyse objective mènera invariablement à la conclusion que l'atteinte n'est que mineure, ce qui permettra ensuite au juge de prendre en compte la volonté de tester du défunt. À l'inverse, dans le cadre des jugements refusant la validation, l'analyse objective conclura toujours à une atteinte considérée comme importante. Le caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur ne sera pas pris en considération.

Pour sa part, l'analyse subjective tient compte du caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur ainsi que des circonstances permettant d'apprécier le défaut de forme et de déterminer si le testament peut ou non y survivre. Dans le cadre des jugements reconnaissant le testament, nous verrons comment l'analyse subjective a pu jouer un rôle positif dans la mesure où a été établie sans équivoque la volonté de tester du défunt. Par contre,

---

106. Art. 704 C.c.Q. Voir *Parent c. Stocola (Succession de)*, 2009 QCCA 1286 ; *Gagné (Succession de)*, 2005 CanLII 39062 (QC C.S.) ; *Lavoie c. Boivin*, J.E. 95-640 (C.S.) ; G. BRIÈRE, préc., note 1, n° 443, p. 557. Ainsi, cette disposition d'origine purement civiliste existait déjà sous le *Code civil du Bas Canada* avec l'article 841 et elle « remonte à une ordonnance de 1735 ». Notons toutefois que le testament conjoint n'est pas interdit dans les provinces de common law.

107. *Beaulieu (Succession de)*, J.E. 2001-2215 (C.S.) ; dans cette affaire, le testateur, qui était intoxiqué à l'alcool et aux médicaments, n'avait pas la capacité de disposer de ses biens au moment où il a rédigé son testament. La requête en vérification de testament a été rejetée par le tribunal.

108. *M.C. (Succession de)*, [2001] R.J.Q. 2889 (C.S.) ; le tribunal a reconnu la validité du testament devant témoins malgré la minorité de l'un d'eux au moment de la signature. Ce témoin, qui avait 17 ans et 8 mois, était « presque majeur ».

lorsque l'analyse subjective révèle des circonstances défavorables et qu'elle ne permet pas d'établir une réelle intention de tester, le tribunal ne validera pas le testament. Il en sera ainsi même si l'on a pu déterminer que le vice de forme n'affecte pas une condition formelle essentielle.

Pour procéder à l'étude des défauts de forme, il faut distinguer entre les testaments olographes (2.1.2.1) et les testaments devant témoins (2.1.2.2). En fonction du type de testament, nous avons recensé les défauts dans le but de déterminer lesquels étaient le plus susceptibles d'être validés et tenté d'identifier ce que les tribunaux considéraient comme étant ou non une atteinte à une condition formelle du testament. Rappelons que notre analyse se fonde sur les 106 décisions rendues sur la base de l'article 714 C.c.Q. depuis son entrée en vigueur jusqu'au 10 septembre 2011, date où nous avons complété nos recherches.

#### 2.1.2.1 Les testaments olographes

En matière de testaments olographes, les vices de forme les plus souvent invoqués sont au nombre de six. Nous avons également ajouté une catégorie intitulée « autres » afin de ne pas diluer nos résultats par des exceptions qui ne sont que très rarement soulevées.

| <u>Contexte</u>                                       | <u>Validation</u> <sup>109</sup> |                   |
|---|----------------------------------|-------------------|
|   | <u>Accordée</u>                  | <u>Refusée</u>    |
| 1- Rédigé par le testateur, mais absence de signature | 2 <sup>110</sup>                 | 15 <sup>111</sup> |

109. Nous avons soustrait des validations accordées les trois jugements de la Cour supérieure qui ont été infirmés par la Cour d'appel : *Aubé (Succession de)*, préc., note 12 ; *Kaouk (Succession de)*, préc., note 12 ; *Gariépy (Succession de)*, préc., note 12.

110. *Lessard c. Lessard*, préc., note 12 ; *Morin c. Morin*, préc., note 12.

111. *Aubé (Succession d')*, préc., note 12 ; *Bélanger (Succession de)*, préc., note 35 ; *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, préc., note 12 ; *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, préc., note 12 ; *Compagnie Trust Royal c. Laliberté*, 2004 CanLII 17505 (QC C.S.) ; *F.T. c. A.L.*, préc., note 35 ; *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*, préc., note 54 ; *Auger c. Comité de retraite de l'U.M.*, [2001] R.J.Q. 1223 (C.S.) ; *Perreault c. Desrochers*, J.E. 2000-102 (C.S.) ; *Nélisse (Succession de)*, B.E. 2000BE-204 (C.S.) ; *Langlais (Succession de)*, B.E. 98BE-491 (C.S.) ; *Lehan c. Moufrage-Renaud*, préc., note 20 ; *Bazinet (Succession de)*, préc., note 67 ; *Lavallée (Succession de)*, préc., note 35 ; *Gardner c. Hubbard-Robertson (Succession de)*, préc., note 55.

| <u>Contexte</u>   | <u>Validation</u> |                  |
|---|-------------------|------------------|
|   | <u>Accordée</u>   | <u>Refusée</u>   |
| 2- Écrit à l'aide d'un moyen technique, mais signé par le testateur   | 1 <sup>112</sup>  | 5 <sup>113</sup> |
| 3- Rédigé par un tiers, mais signé par le testateur   | 2 <sup>114</sup>  | 3 <sup>115</sup> |
| 4- Codicilles (modifications) signés ou paraphés par le testateur   | 11 <sup>116</sup> | 0                |
| 5- Formulaire rempli et signé par le testateur  | 5 <sup>117</sup>  | 2 <sup>118</sup> |
| 6- Document ni écrit ni signé par le testateur  | 0                 | 4 <sup>119</sup> |
| 7- Autres : disquette informatique <sup>120</sup> , page manquante remplacée par une photocopie <sup>121</sup> , emplacement de la signature <sup>122</sup> , écrit à l'état de projet <sup>123</sup> | 5 <sup>124</sup>  | 1 <sup>125</sup> |

112. *Beaton (Re)*, préc., note 17.

113. *Lamb (Succession de)*, préc., note 28 ; *Dufour (Succession de)*, préc., note 28 ; *Strano (Succession de)*, préc., note 70 ; *Thériault (Succession de)*, préc., note 28 ; *Demers (Succession de)*, préc., note 28.

114. *Michenko (Succession de)*, préc., note 12 ; *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12.

115. *Bonneau (Succession de)*, préc., note 33 ; *Coté c. Caron*, préc., note 28 ; *Desruisseaux (Succession de)*, préc., note 28.

116. *Gauthier (Succession de) c. Gauthier*, préc., note 16 ; *Bédard (Succession de)*, préc., note 16 ; *Duggan (Succession de)*, préc., note 16 ; *Tellier (Succession de)*, préc., note 17 ; *Grenier (Succession de)*, 2006 QCCS 5106 (C.S.) ; *Nasry c. Nasry*, préc., note 16 ; *Beaton (Re)*, préc., note 17 ; *Rochon c. Touchette*, préc., note 26 ; *S.T. c. P.T.*, préc., note 16 ; *Moreau c. Moreau*, préc., note 17 ; *King (Succession de)*, préc., note 17.

117. *Mainville (Succession de)*, préc., note 13 ; *Pontbriand et Verreault*, préc., note 18 ; *Dunsmuir (Succession de)*, préc., note 13 ; *Poulin (Succession de)*, préc., note 13 ; *Lessard c. Lessard*, préc., note 13.

118. *Girard c. Girard*, 2005 CanLII 11126 (QC C.S.) ; *Raymond c. Gagnon*, préc., note 102.

119. *Ahern-Tisseyre c. Tisseyre*, préc., note 54 ; *Perreault c. Desrochers*, préc., note 111 ; *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35 ; *Francaeur c. Jalbert*, préc., note 56.

120. *Rioux (Succession de)*, préc., note 12.

121. *Desbiens (Succession de)*, 2002 CanLII 22462 (QC C.S.) ; *Cantin (Succession de) c. Bonhomme*, préc., note 57.

122. *Gauthier (Succession de) c. Gauthier*, préc., note 16 ; *Minville (Re)*, préc., note 21.

123. *Hamelin et Hamelin-Corriveau*, B.E. 98BE-1028 (C.S.).

124. *Cantin (Succession de) c. Bonhomme*, préc., note 57 ; *Desbiens (Succession de)*, préc., note 121 ; *Rioux (Succession de)*, préc., note 12 ; *Minville (Re)*, préc., note 21 ; *Gauthier (Succession de) c. Gauthier*, préc., note 16.

125. *Hamelin et Hamelin-Corriveau*, préc., note 123.

L'analyse de ces données révèle des informations intéressantes. On constate tout d'abord que le respect des deux formalités requises par l'article 726 C.c.Q., à savoir que le testament doit être entièrement écrit et signé par le testateur, est contrôlé avec soin et que l'absence de signature conduit au rejet de la requête dans 88 % des cas. Lorsque le document n'a pas été rédigé par le testateur, on constate que 70 % des requêtes ont été rejetées.

Nous croyons pertinent de distinguer les situations où le testament a été rédigé par le testateur mais à l'aide d'un moyen technique de celles où le testament est l'œuvre d'un tiers. Paradoxalement, 40 % des testaments rédigés par un tiers ont été validés contre seulement 12 % pour les testaments rédigés par le testateur mais à l'aide d'un moyen technique.

Quant au formulaire rempli et signé par le testateur, les statistiques révèlent que les décisions penchent nettement en faveur de la validation. Ainsi, 71 % des requêtes ont été accueillies et 29 % ont été rejetées.

Par ailleurs, les validations accordées ou refusées étant réparties entre 1994 et 2011, il n'y a pas lieu d'y déceler une quelconque tendance dans un sens ou dans l'autre<sup>126</sup>, c'est-à-dire ni vers une plus grande tolérance, ni, au contraire, vers plus de sévérité par rapport aux exigences des articles 726 et 727 C.c.Q.

Puisque le document ni écrit ni signé par le testateur ne peut être validé, toutes les requêtes en ce sens ont été rejetées. En revanche, lorsqu'ils ont été signés, tous les codicilles et toutes les modifications apportées au testament ont été validés.

La catégorie « autres » ne peut être prise en considération dans la mesure où la présence d'une ou de deux décisions concernant chaque défaut recensé ne peut constituer une base comparative suffisante. On peut simplement remarquer que la majorité des défauts constatés ne sont pas considérés comme étant essentiels et n'empêchent donc pas la validation du testament.

En résumé, les défauts de forme qui sont le plus souvent considérés comme étant « fatals » à la validation sont le testament non écrit par le testateur et l'absence de signature.

---

126. Sous réserve de nos observations, voir *infra* section 2.2.1 : nous devons souligner que la tendance actuelle est celle d'infirmier les jugements qui accordent la validité aux testaments olographes non signés.

### 2.1.2.2 Les testaments devant témoins

Les défauts de forme les plus souvent invoqués sont moins nombreux que pour les testaments olographes ; en revanche, les cas d'espèce sont plus variés.

| <u>Contexte</u>   | <u>Validation</u> |                  |
|---|-------------------|------------------|
|   | <u>Accordée</u>   | <u>Refusée</u>   |
| 1- Un seul témoin a signé le testament (ou un ajout)  | 4 <sup>127</sup>  | 9 <sup>128</sup> |
| 2- Témoins qui ne signent pas en même temps que le testateur  | 3 <sup>129</sup>  | 2 <sup>130</sup> |
| 3- Autres : témoin qui ne comprend pas langue <sup>131</sup> , endroit de la signature <sup>132</sup> , témoin surnuméraire <sup>133</sup> , questionnaire rempli et signé <sup>134</sup> , modification non signée <sup>135</sup> , testament non signé par le testateur en même temps que les témoins <sup>136</sup> , ajout non signé par les témoins <sup>137</sup> , absence de paraphe <sup>138</sup> . | 7 <sup>139</sup>  | 4 <sup>140</sup> |

127. *Duguay c. Grenier*, [1995] R.J.Q. 2603 (C.S.) ; *Therrien (Succession de) c. Lallemand Therrien*, préc., note 63 ; *Paradis c. Jones*, préc., note 63 ; *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, préc., note 60.

128. *Côté c. Caron*, préc., note 28 ; *Veilleux (Succession de)*, préc., note 59 ; *Favreau (Succession de)*, préc., note 16 ; *Patton c. Cappa*, préc., note 61 ; *Robichaud c. Breton*, préc., note 59 ; *Casaubon c. Blair*, préc., note 59 ; *Poulin c. Fontaine*, préc., note 60 ; *Lantin c. Rehel*, J.E. 96-616 (C.S.) ; *Robitaille et Gagnon*, préc., note 58.

129. *Tremblay c. Roy*, préc., note 50 ; *Guénette c. Pomerleau*, préc., note 50 ; *Côté c. Lataille*, préc., note 50.

130. *Roberge (Succession de)*, préc., note 48 ; *Cabba (Succession de)*, préc., note 41.

131. *Ford (Succession de)*, préc., note 105.

132. *Bertrand c. Mattia*, préc., note 45.

133. *Lahaie c. St-Arnaud*, 2003 CanLII 26691 (QC C.S.).

134. *Gingras c. Roy*, 1996 CanLII 6062 (QC C.A.).

135. *Loiselle c. Blanchard (Succession de)*, B.E. 99BE-273 (C.S.).

136. *Thérien c. Lesage-Béland*, préc., note 52.

137. *Desruisseaux (Succession de)*, préc., note 28 ; *Rosenberg (Succession de)*, 2004 CanLII 51040 (QC C.S.).

138. *Casaubon (Succession de)*, préc., note 53 ; *Lapierre (Re)*, préc., note 53 ; *Pelletier et Côté*, préc., note 47.

139. *Bertrand c. Mattia*, préc., note 45 ; *Lahaie c. St-Arnaud*, préc., note 133 ; *Gingras c. Roy*, préc., note 134 ; *Thérien c. Lesage-Béland*, préc., note 52 ; *Casaubon (Succession de)*, préc., note 53 ; *Lapierre (Re)*, préc., note 53 ; *Pelletier et Côté*, préc., note 47.

140. *Loiselle c. Blanchard (Succession de)*, préc., note 135 ; *Desruisseaux (Succession de)*, préc., note 28 ; *Rosenberg (Succession de)*, préc., note 137 ; *Ford (Succession de)*, préc., note 105.

La validation des testaments devant témoins est essentiellement demandée pour passer outre à deux des formalités requises par l'article 727 C.c.Q. : la nécessité que deux témoins signent et la condition suivant laquelle ces signatures doivent être apposées au même moment et en présence du testateur. Dans la majorité des jugements, soit 69 %, le fait que le testament ne comporte que la signature d'un seul témoin semble justifier le refus de valider.

Lorsque les témoins ne signent pas en même temps et en présence du testateur, les résultats sont partagés. En effet, dans 60 % des cas, les tribunaux font preuve d'une certaine souplesse et acceptent une signature différée des deux témoins.

Au même titre que pour les testaments olographes, la catégorie « autres » n'est pas significative<sup>141</sup>.

Qu'il s'agisse du testament olographe ou du testament devant témoins, les tribunaux ont tendance à ne pas valider les testaments qui présentent un vice empêchant, selon eux, de satisfaire, pour l'essentiel, aux conditions requises par sa forme. Toutefois, en ce qui concerne un défaut particulier qui serait invariablement validé ou invalidé, les statistiques ne démontrent que des tendances, non des certitudes. Aussi, nous l'avons vu, un défaut de forme considéré fatal par un juge satisfait parfois quand même à l'essentiel des conditions requises par les articles 726 ou 727 C.c.Q. pour un autre juge.

Nous allons maintenant interpréter les informations qui résultent de l'application de l'article 714 C.c.Q.

### **2.1.3 Observations sur les statistiques relatives à l'application de l'article 714 C.c.Q.**

On constate dans un premier temps que, malgré le grand nombre de demandes de validation invoquant l'article 714 C.c.Q., son application n'est pas systématique, loin de là. Sur les 99 actions en justice que nous avons analysées<sup>142</sup>, 14 décisions ont conclu que l'article avait été invoqué à tort, 40 ont accordé la validation et 45

141. On doit tout de même noter que la validation est accordée dans 64 % des cas.

142. Les jugements infirmés en appel n'ont pas été comptabilisés. De plus, notre étude se limite aux décisions rapportées qui ont été rendues depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* jusqu'au 10 septembre 2011, date où nous avons complété nos recherches.



l'ont refusée. L'analyse de ces données révèle également que les tribunaux sont davantage sollicités pour des demandes relatives à la validation des testaments olographes (59), que pour des testaments devant témoins (29). De plus, 46 % des requêtes en vérification de testaments olographes sont acceptées alors que cette proportion s'élève à 48 % pour les testaments devant témoins.

En termes quantitatifs, sur 56 testaments olographes pour lesquels des décisions ont été rendues, 26 ont été validés contre 30 qui ne l'ont pas été. Pour les 29 testaments devant témoins qui ont fait l'objet d'une requête sur la base de l'article 714 C.c.Q., 14 ont été validés par opposition à 15 pour lesquels la validation a été refusée.

Nous avons observé qu'en matière d'analyse subjective du vice de forme, tous les testaments ont été validés lorsqu'il est établi avec certitude qu'il y a une volonté libre de tester et que l'affaire n'est pas contestée. Ce fut le cas dans 20 affaires, dont 14 concernent des testaments olographes et six des testaments devant témoins.

Ces données signifient également qu'en présence du moindre doute, d'une ambiguïté ou d'éléments ou de témoignages contradictoires portant sur le caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur, le testament n'est pas validé. Sur les 10 décisions refusant la validation au terme d'une analyse subjective, sept concernent un testament olographe et trois un testament devant témoins.

On note également que l'analyse subjective a été utilisée dans 27 affaires sur 85, soit 32 % des cas. Elle a mené à la validation du testament dans 66 % des demandes, contre 34 % de refus. L'analyse subjective de la condition de forme essentielle n'est donc pas une panacée qui conduirait à valider tous les testaments viciés. Elle offre toutefois la possibilité d'écarter le peu de malléabilité de l'analyse objective lorsque le tribunal est convaincu de la volonté certaine et non équivoque de tester du défunt.

Malheureusement, le choix entre analyse objective et analyse subjective n'appartient pas au requérant, mais au juge. Même si l'approche subjective est explicitement invoquée par les juges dans leur analyse et dans la motivation de leur décision depuis 1999<sup>143</sup>, elle a cependant été appliquée par les tribunaux dès 1994<sup>144</sup>. Par

143. *Cabba (Succession de)*, préc., note 41 ; *Poulin (Succession de)*, préc., note 13.

144. *Didone c. Didone-Gagnon*, 1994 CanLII 6034 (QC C.A.) ; *Morin c. Morin*, préc., note 12 ; *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12.

ailleurs, les commentaires du ministre de la Justice font état de la préséance de la volonté du testateur sur les exigences de forme<sup>145</sup>.

## **2.2 Le cas particulier de l'analyse subjective de la formalité essentielle**

Nous avons déjà abordé la question des défauts de forme donnant lieu à l'application de l'article 714 C.c.Q.<sup>146</sup>. Ce qui nous intéresse maintenant est l'analyse subjective appliquée au défaut de forme dans le cadre de la validation du testament. L'impact de l'analyse subjective peut être en effet considérable, car elle aboutit parfois à ce qu'un testament entaché d'un vice de forme *a priori* fatal soit néanmoins validé. Notre synthèse portera principalement sur l'étude des vices de forme qui, en principe, portent atteinte à « l'essentiel » des conditions entourant les testaments olographes (2.2.1) et devant témoins (2.2.2), mais qui n'ont pas empêché les tribunaux d'accueillir une requête en validation<sup>147</sup>. Nous proposerons enfin une brève analyse d'une décision selon nous très critiquable (2.2.3).

### **2.2.1 Analyse subjective de l'atteinte aux conditions de forme essentielles du testament olographe**

Les vices de forme les plus susceptibles de porter atteinte à une condition formelle essentielle du testament olographe sont l'absence de signature et le testament non entièrement écrit par le testateur. Le premier n'a pourtant pas empêché la validation du testament dans quatre décisions<sup>148</sup>. L'argument invoqué est le suivant : l'article 726 C.c.Q. n'impose que deux conditions : rédaction entièrement de la main du testateur et signature du testament par celui-ci. Or, s'il fallait que ces deux conditions soient obligatoirement et en tout temps remplies, l'article 714 C.c.Q. n'aurait jamais vocation à s'appliquer. Dans ces quatre décisions, l'analyse subjek-

145. *Supra*, texte se rapportant à la note 9.

146. *Supra*, section 1.1.

147. Du moins dans un premier temps, puisque deux des quatre décisions relatives au testament olographe ont été infirmées en Cour d'appel. Toutefois, dans le cadre de notre exposé sur l'analyse subjective du testament olographe, nous avons quand même souhaité relater les quatre affaires dans lesquelles les juges ont retenu l'analyse subjective pour motiver leurs décisions.

148. *Aubé (Succession d')*, préc., note 12 ; *Gariépy (Succession de)*, (C.S.), préc., note 12 ; *Lessard c. Lessard*, préc., note 12 ; *Morin c. Morin*, préc., note 12.

tive a permis d'évaluer le défaut de forme en parallèle avec le caractère certain et non équivoque des dernières volontés du défunt.

Dans l'affaire *Morin c. Morin*<sup>149</sup>, le défunt s'était suicidé en laissant un document écrit de sa main, mais non signé, dans lequel il disposait de ses biens en les énumérant et en désignant des personnes pour les recueillir. Le juge Landry conclut ainsi :

Le document produit sous la cote R-3 rencontre [sic] les trois conditions pour que joue l'exception au formalisme strict des testaments :

1. le document soumis à la Cour est un testament olographe ;
2. ce document est nul pour un défaut de forme ;
3. le Tribunal est convaincu que ce document manuscrit contient, *de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.*<sup>150</sup>

Dans l'affaire *Lessard c. Lessard*<sup>151</sup>, la Cour d'appel s'est penchée sur un document qui exprimait très clairement l'intention du testateur de léguer des biens en parts égales à quatre personnes :

D'après la preuve soumise en première instance, nous sommes d'avis que la présente affaire constitue un cas qui est précisément visé par l'article 714.

[...]

Même si ce document ne porte pas de signature à la fin du texte, nous sommes d'avis que le défunt y a apposé sa signature en écrivant son nom au long au début du document.<sup>152</sup>

Par ailleurs, les deux seuls héritiers légaux du défunt, soit ses enfants, avaient tous deux reconnu que le document présenté comme le testament de leur père était bien écrit par lui et qu'il représentait ses dernières volontés.

---

149. *Morin c. Morin*, préc., note 12.

150. *Ibid.*, p. 4 et 5.

151. *Lessard c. Lessard*, préc., note 12.

152. *Ibid.*, par. 5 et 8. Voir aussi *Bertrand c. Mattia*, préc., note 45, pour un testament devant témoins.

Dans la décision *Gariépy (Succession de)*<sup>153</sup>, le contexte particulier de l'affaire a également été pris en considération. M. Gariépy avait réitéré à plusieurs reprises son souhait de léguer sa résidence à son amie. Pour cela, il avait demandé à un notaire de préparer un testament notarié selon ses directives, document qu'il n'a cependant jamais signé. Le document prévoyait un legs de la résidence en faveur de la requérante et le legs du résidu de ses biens à ses trois enfants qu'il n'avait que très peu revus depuis son divorce prononcé une vingtaine d'années plus tôt. Dans son analyse, le juge Durocher précise :

L'article 714 n'ajoute pas à l'article 726 une condition de forme, en traitant de la volonté du testateur. C'est l'article 726 lui-même qui l'énonce : « Il n'est assujetti à aucune autre forme ». Par contre, l'article 714 en atténue la rigueur, laissant place à la discrétion et à l'appréciation du tribunal.

Davantage, le législateur inscrit la nécessité de la volonté certaine à l'article 714, qui permet de décréter valide comme testament, un écrit qui ne répond pas à l'une ou l'autre des deux conditions stipulées [*sic*] à l'article 726 ; et plutôt qu'à ce dernier article. Il faut donc en conclure à la possibilité et à la discrétion du tribunal, selon la preuve, de trouver qu'un testament peut être valide, nonobstant l'omission de se conformer à l'une ou l'autre des conditions exigées à l'article 726.<sup>154</sup>

Enfin, dans l'affaire *Aubé (Succession d')*<sup>155</sup>, la preuve a démontré que les notes manuscrites en marge d'un livret de Sudoku avaient bien été rédigées par la testatrice. Elle avait donné le livret à une infirmière en lui précisant qu'il s'agissait de son testament et qu'il devait être remis à l'une de ses filles. Bien que très souffrante au moment de la rédaction du document deux mois avant son décès, la testatrice était bien lucide et sa capacité de tester n'a pas été contestée. Par ailleurs, la précision de la description des biens et leur répartition ne laissait aucun doute quant au caractère certain et non équivoque de ses dernières volontés.

Signalons toutefois que ces deux dernières décisions, rendues en 2005 et en 2009, ont été infirmées en appel<sup>156</sup>. Si cette tendance

153. *Gariépy (Succession de)*, (C.S.), préc., note 12. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel : *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, préc., note 12.

154. *Ibid.*, par. 26 et 27.

155. *Aubé (Succession d')*, (C.S.), préc., note 12. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel : *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, préc., note 12.

156. *Gariépy (Succession de) c. Beauchemin*, préc., note 12 ; *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, préc., note 12.

se maintient, les décisions qui privilégient une analyse subjective et qui concluent à la validité d'un testament olographe dépourvu de signature risquent d'être infirmées dans le futur.

Dans l'affaire *Beaton*<sup>157</sup>, la Cour a reconnu comme testament olographe un document, rédigé à l'aide d'un moyen technique, qui comportait de nombreuses modifications et ratures manuscrites signées ou paraphées par le testateur. Le texte de la quatrième page, entièrement écrit de la main du testateur, visait à exclure sa fille de tout héritage. Cette dernière ne contestait pas la validité de cette disposition et des témoins avaient confirmé qu'il s'agissait de l'écriture et de la signature du testateur. Pour motiver sa décision, le greffier a cité l'arrêt *Poulin c. Fontaine*<sup>158</sup> dans lequel le juge Forget affirme que « le testament olographe doit être écrit, du moins pour la majeure partie, de la main du testateur et signé par lui »<sup>159</sup>.

Trois autres affaires portent sur la validation de testaments rédigés par des tiers. Dans chaque cas, l'analyse subjective a été retenue

Ainsi, dans l'affaire *Michenko (Succession de)*<sup>160</sup>, le testateur lisait et comprenait bien le français, mais avait du mal à l'écrire. C'est donc sa femme, avec qui il était marié en communauté de biens depuis 51 ans, qui s'était chargée de rédiger le testament. La signature du testateur sur le testament a été formellement reconnue par son comptable. Le juge Godbout a affirmé :

[7] Quoique le document n'ait pas été écrit par M. Michenko, la preuve démontre qu'il a été signé par lui et qu'il contient ses dernières volontés. En effet, il est écrit :

Ceci est mon dernier testament.

Je Georges Michenko déclare être sain d'esprit et être en possession de toutes mes facultés.

Je lègue à mon épouse tout ce que je possède [...]

Dans l'affaire *Gaumond-Dupuis (Succession de)*<sup>161</sup>, un rapport médical confirmait que la testatrice était parfaitement capable, bien

157. *Beaton (Re)*, préc., note 17.

158. *Poulin c. Fontaine*, préc., note 60.

159. *Ibid.*, par. 34.

160. *Michenko (Succession de)*, préc., note 12.

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

qu'elle souffrît d'arthrite qui l'empêchait de rédiger elle-même son testament. C'est une amie, en l'occurrence la légataire universelle, qui s'en était chargée. Dans cette affaire, le juge Barakett a consacré un long développement à la substance et à la forme des testaments. Selon lui, « [l]e premier intérêt du législateur lorsqu'il érige certaines formalités n'est pas pour la formalité en soi mais pour protéger le caractère et la substance du contenu de l'acte »<sup>162</sup>. Il conclut que, étant donné la concordance des témoignages, le document contenait de façon certaine les dernières volontés de la testatrice. Ce jugement a été porté en appel et infirmé sur cette question<sup>163</sup>.

Enfin, dans l'affaire *Mercier et Mercier-Charron*<sup>164</sup>, la requérante, sœur du testateur, avait rédigé le testament à la demande de ce dernier parce qu'elle avait selon lui « une plus belle main d'écriture »<sup>165</sup>. Le testateur a signé ce testament où il légua à la requérante, avec laquelle il avait vécu toute sa vie, la maison familiale héritée de sa mère. Le juge Frappier s'est fondé sur les commentaires du ministre de la Justice<sup>166</sup> pour affirmer :

Si, pour appliquer l'article 714 dans le cas d'un testament olographe, il fallait tenir qu'il doit nécessairement répondre aux deux seules conditions requises par sa forme, il faudrait conclure que cet article n'est d'aucune utilité, et le tribunal ne peut exercer sa discrétion, même s'il est convaincu que l'écrit contient l'expression des dernières volontés du défunt.

Il y a donc lieu de recourir à l'intention du législateur, qui a édicté l'article 714.

[...]

Il est évident que l'article 714 ne peut s'appliquer qu'au cas d'un testament nul pour défaut de forme qui contient cependant de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.

[...]

Dans les circonstances particulières de la présente espèce, il serait injuste, tant pour la requérante que pour le respect des volontés du défunt, de ne pas vérifier le testament. Il me semble que la discrétion

162. *Ibid.*

163. *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35.

164. *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12.

165. *Ibid.*

166. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 9.

judiciaire qui m'est accordée par l'article 714 doit m'amener à conclure que l'écrit R-2, bien qu'il n'ait pas été écrit de la main du défunt, a cependant été signé par ce dernier, ce qui respecte l'une des deux conditions essentielles requises par sa forme et que, par cette signature, le défunt indiquait que le texte, qu'il avait dicté à la requérante, représentait l'expression certaine de ses dernières volontés, ce que la preuve et les faits démontrent amplement.<sup>167</sup>

Dans la mesure où le juge est persuadé du caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur, force est de constater que l'analyse subjective contribue de façon systématique<sup>168</sup> à la validation de testaments olographes par ailleurs nuls pour vice de forme. *A contrario*, à la suite d'une analyse subjective<sup>169</sup>, les tribunaux rejettent la requête en vérification lorsque la volonté certaine et non équivoque de tester ne peut être établie.

### **2.2.2 Analyse subjective de l'atteinte aux conditions de forme essentielles du testament devant témoins**

Selon la doctrine, certaines conditions prévues à l'article 727 C.c.Q. pourraient « être considérées comme non essentielles [...] par exemple, l'endroit de la signature du testateur, la nécessité de signer ou de parapher chaque page, voire la présence simultanée des témoins »<sup>170</sup>. Il appert que la jurisprudence a assez couramment admis que la signature simultanée des deux témoins et du testateur n'est pas une formalité essentielle<sup>171</sup>. Toutefois, dans l'affaire *Cabba (Succession de)*<sup>172</sup>, c'est l'analyse subjective qui a conduit au rejet de la requête en validation d'un testament que la testatrice n'avait pas signé en présence des témoins.

Dans cette affaire, un « testament » avait été rédigé par la légataire universelle quelques heures avant le décès de sa tante, la « tes-

167. *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12, p. 1449.

168. L'affaire *Gaumont-Dupuis (Succession de)*, préc., note 161, a toutefois été infirmée par la Cour d'appel dans *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35.

169. *Strano (Succession de)*, préc., note 70 ; *Girard c. Girard*, préc., note 118 ; *Raymond c. Gagnon*, préc., note 102 ; *Auger c. Comité de retraite de l'U.M.*, préc., note 111 ; *Langlais (Succession de) c. Langlais-Bouchard*, préc., note 24 ; *Veilleux c. Veilleux*, 1997 CanLII 10492 (QC C.A.) ; *Bazinet (Succession de)*, préc., note 67.

170. G. BRIÈRE, préc., note 1, n° 441, p. 553.

171. *Tremblay c. Roy*, préc., note 50 ; *Guénette c. Pomerleau*, préc., note 50 ; *Côté c. Lataille*, préc., note 50. La validation a été accordée pour ces trois décisions.

172. *Cabba (Succession de)*, préc., note 41.

tatrice ». La légataire avait ensuite demandé à deux infirmières de l'hôpital de signer comme témoins en affirmant qu'il s'agissait d'une autorisation visant à régler les funérailles. Bien que deux des formalités requises par l'article 727 C.c.Q. aient été respectées<sup>173</sup>, le juge Maughan, délaissant un instant l'analyse objective, applique l'analyse subjective pour tenir compte du caractère contradictoire des témoignages et le fait que la testatrice n'avait pas déclaré, en présence des témoins, que le document était bel et bien son testament. En réalité, c'est l'analyse subjective qui a permis au juge de prendre en compte les circonstances entourant la préparation et la signature du document. Ce faisant, il ne pouvait déterminer avec certitude qu'il s'agissait bien des dernières volontés de la défunte. Enfin, selon le juge, l'ensemble des omissions concernant le respect de la forme était « sérieux ». La requête en validation a donc été rejetée :

Even assuming that the essential requirements of validity of the will had been met in this case, Article 714 C.C.Q. further requires, as a condition of probate, that the will unquestionably and unequivocally contains the last wishes of the deceased.

[...]

Indeed, a court has no choice, pursuant to Article 714 C.C.Q., but to examine the issue of the last wishes of the deceased once it has determined that the will does not meet all the requirements of the form of the will it is called upon to probate.

[...]

That being the case, it is unable to conclude that the document unquestionably and unequivocally contains her last wishes.<sup>174</sup>

La validation du testament comportant la signature d'un seul témoin n'a été admise qu'à quatre occasions selon nos recherches. Le premier cas concerne un ajout fait par un tiers, à la demande de la testatrice, mais signé devant un seul témoin<sup>175</sup>. La testatrice avait simplement oublié de désigner un légataire universel et avait demandé à ce que le nom de son conjoint soit ajouté.

173. *Ibid.*, p. 9 et 12. Le document avait été écrit par un tiers et les témoins l'avaient signé en présence de la testatrice.

174. *Ibid.*, p. 13 et 14.

175. *Duguay c. Grenier*, préc., note 127.



Dans l'affaire *Jones c. Paradis*<sup>176</sup>, le second cas, l'analyse subjective a été retenue par la Cour supérieure et confirmée par la Cour d'appel parce qu'il ne subsistait aucun doute sur la réelle volonté du testateur. Dans cette affaire, le procureur du mis en cause suggérait d'opter pour l'analyse objective. Selon lui, « la formalité de la signature de deux témoins est essentielle [...], par conséquent, l'absence de la signature d'un témoin est fatale et ne permet pas l'application de l'article 714 C.c.Q. »<sup>177</sup>. Le procureur de la requérante réclamait pour sa part l'application de l'analyse subjective afin que la signature d'un seul témoin soit réputée satisfaisante pour l'essentiel aux conditions requises pour un testament devant témoins. La volonté de tester du défunt ayant été démontrée, l'analyse subjective a permis à la Cour supérieure de conclure qu'il convenait de respecter les objectifs visés par la condition relative à la signature de deux témoins :

[49] Les deux témoins ont pour mission essentielle de constater que le défunt, en personne devant eux, leur a présenté un écrit comme étant son testament (authenticité du testament) et que le défunt a bien signé sans aucune pression de l'extérieur l'écrit qu'il a représenté comme étant son testament et ce, en leur présence. Les deux témoins attestent ces faits en signant simultanément le testament.

[...]

[52] Dans le présent dossier, la preuve révèle que, même en l'absence de la signature d'un deuxième témoin, tous ces objectifs ont été clairement atteints. Le témoin Paré, par sa signature à l'écrit et son témoignage, a attesté que le défunt a bien représenté l'écrit comme étant son testament qu'il a signé librement en sa présence ; par la suite cet écrit n'a pas pu être substitué et, selon la preuve, contient de façon certaine les dernières volontés du défunt. La signature d'un deuxième témoin n'est donc pas nécessaire pour s'assurer de l'origine de l'écrit, de l'identité de son auteur, du fait que celui-ci était conscient de ce qu'il faisait au moment où il l'a rédigé et enfin qu'il désirait bien faire un testament.<sup>178</sup>

Le vice résultant de l'absence d'un deuxième témoin ne pouvait faire obstacle à la volonté certaine et non équivoque du défunt de tester. L'appel de ce jugement a été rejeté :

---

176. *Jones c. Paradis*, 2007 QCCS 5876 et *Paradis c. Jones*, préc., note 63 (C.A.).

177. *Ibid.*, par. 32 (C.S.).

178. *Ibid.*, par. 49 et 52 (C.S.).

[6] En l'espèce, même si le testament ne satisfait pas pleinement aux conditions requises pour sa forme, il reste qu'il y satisfait pour ce qui est essentiel, soit l'expression certaine et non équivoque des dernières volontés du défunt.

[7] La signature du deuxième témoin n'ajouterait rien à l'intégrité de l'acte testamentaire dont la sincérité et l'authenticité sont démontrées et n'ont même pas été contestées. Au contraire, l'exigence de cette deuxième signature, si elle devait emporter la nullité du testament, viendrait contrarier l'objectif poursuivi par le législateur.<sup>179</sup>

Dans l'affaire *Therrien (Succession de) c. Lallemand Therrien*<sup>180</sup>, l'analyse subjective a permis de démontrer la volonté réelle du testateur de procéder à la dévolution de ses biens. Il s'agissait en l'occurrence du document de travail d'un notaire qui avait reçu le client deux jours avant son décès. Le notaire avait alors recueilli ses dernières volontés et s'apprêtait à rédiger le testament authentique lorsque le testateur est décédé. Le document comportait la signature du testateur et celle du notaire. Le juge Mayer s'est dit convaincu que, dans ces circonstances, le document satisfaisait pour l'essentiel aux conditions de forme du testament devant témoins et qu'il contenait de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.

Enfin, l'analyse subjective a été retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*<sup>181</sup>. Ici, l'un des témoins, dont la présence ne laisse aucun doute, n'avait pas signé le document. Le juge Beauregard a estimé que l'approche subjective était la plus conforme à la lettre de l'article 714 C.c.Q. :

[29] Il est acquis que le testament contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés de la testatrice. D'autre part il n'est pas question d'incapacité, de fraude ou de captation.

[...]

[32] À mon humble avis le testament ne saurait être annulé du fait que n'y apparaît pas la signature [du témoin] Archambault alors que nul ne conteste que celui-ci était présent lors de la lecture et lors de la signature du testament.

179. *Paradis c. Jones*, préc., note 63 (C.A.).

180. *Therrien (Succession de) c. Lallemand Therrien*, préc., note 63.

181. Préc., note 60.

[33] Bref, l'article 714 est une application du principe suivant lequel on ne saurait invoquer qu'une formalité n'a pas été accomplie lorsque le but pour lequel la formalité était exigée a été complètement atteint.<sup>182</sup>

Pour que l'analyse subjective puisse être retenue, il faut toutefois que les circonstances le justifient.

### **2.2.3 Analyse subjective appliquée à un cas d'espèce**

La Cour supérieure a accueilli la requête en validation d'un testament qui présentait, selon nous, une atteinte fatale aux conditions de forme édictées par l'article 726 C.c.Q. Il s'agissait d'un document ni écrit, ni signé par la testatrice, mais plutôt enregistré sur une disquette<sup>183</sup>. En quelques mots, le testament a néanmoins été reconnu pour valoir sous forme olographe. Nous nous sommes donc demandé comment ce document pouvait bien satisfaire à « l'essentiel » des conditions du testament olographe alors qu'il contrevient aux deux conditions édictées à l'article 726 C.c.Q. Nous nous sommes également posé la question de savoir s'il s'agissait quand même d'un « testament ». *A priori*, la réponse est non, puisqu'il ne correspond pas à l'une des formes autorisées par l'article 712 C.c.Q. Ce document, que la loi ne nous autorise pas à qualifier de « testament », a pourtant été validé par l'application de l'article 714 C.c.Q.

Bien que l'intention véritable de tester ait sans doute été établie par les faits, il n'est pas justifiable, sur le plan juridique, qu'elle ait été l'objet d'une analyse subjective. De toute évidence, il y a eu carence dans la recherche d'un des éléments exigés par l'article 714 C.c.Q., soit celui d'une ébauche de forme susceptible de reconnaître un testament olographe. Cela a amené le professeur Ciotola à poser la question suivante à ce sujet : « [l]'apparence ou la vraisemblance est-elle également source de droits dans le domaine de la forme testamentaire ? »<sup>184</sup>.

Selon nous, une constante se fait jour : l'approche subjective, qui révèle la preuve de l'intention certaine et non équivoque de tes-

182. *St-Jean-Major c. Cardinal Léger et ses œuvres*, préc., note 60, par. 29, 32 et 33.

183. *Rioux (Succession de)*, préc., note 12.

184. Pierre CIOTOLA, « La vérification d'un testament sur disquette ou l'art de mettre le formalisme testamentaire à la corbeille informatique », dans *Chambre des notaires du Québec, Entracte*, Montréal, 15 avril 1997, vol. 6, n° 4, p. 10.

ter, préside aux motifs de toute décision validant un testament affecté d'un vice de forme majeur. Dans les développements qui précèdent, nous avons tenté de cerner les raisons qui expliqueraient l'inconstance dans l'application de l'article 714 C.c.Q. Sans doute souhaitons-nous, du coup, expliquer l'hétérogénéité qui caractérise la jurisprudence en la matière. Avec tous les éléments dont nous disposons désormais, nous sommes en mesure d'évaluer la pertinence de l'article 714 C.c.Q. Toutefois, avant d'aborder cette étape, nous souhaitons proposer au lecteur une étude comparative du droit français et du droit québécois en matière de validation. Il est intéressant de constater que, bien que le droit civil du Québec et celui de la France partagent des origines communes, l'article 714 C.c.Q. n'a pas son équivalent dans le Code civil français (ci-après « C.civ. »).

### **3. LE CADRE SYNTHÉTIQUE ET ANALYTIQUE DE LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 714 C.c.Q.**

Après avoir étudié les modalités d'application de l'article 714 C.c.Q. par les tribunaux québécois, nous souhaitons maintenant analyser, dans une perspective comparatiste, les solutions québécoise et française en matière de validation d'un testament affecté d'un vice de forme (3.1). Pour compléter notre étude, nous exposerons ensuite notre analyse de la pertinence de l'article 714 C.c.Q. tel qu'il trouve application au Québec. Pour ce faire, nous tiendrons compte des théories interprétatives développées par les tribunaux (3.2).

#### **3.1 L'état du droit français**

Le Code civil français de 1804 est l'ancêtre du *Code civil du Bas Canada*. Pour cette raison, et puisqu'en matière civile, le droit québécois possède une base juridique commune avec le droit français, il nous a paru intéressant de comparer l'évolution de notre droit civil avec celui de la France.

Nous verrons que les dispositions du Code civil français ne sont pas identiques à celles du Code civil québécois (3.1.1) et que les balises guidant le juge dans le cadre de la validation d'un testament affecté d'un vice de forme sont beaucoup plus restrictives qu'au Québec (3.1.2). Malgré une volonté similaire de part et d'autre d'assouplir l'interprétation des règles de forme, les tribunaux français se heurtent à une censure possible de la Cour de cassation, juge du

droit, qui possède l'ultime pouvoir de casser toute décision d'une juridiction inférieure. La marge de manœuvre dont disposent les tribunaux français dans leur interprétation du texte de loi est de ce fait beaucoup plus restreinte. L'évolution de la jurisprudence passe ainsi obligatoirement par l'aval de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français (3.1.3).

### **3.1.1 La teneur des dispositions législatives**

Les articles 967 à 1001 du Code civil français prévoient des règles générales et des règles particulières sur la forme des testaments. Seules les règles générales, énoncées aux articles 967 à 980 C.civ., nous intéressent ici<sup>185</sup>.

L'article 969 prévoit les trois formes de testaments admissibles : « [u]n testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique ».

Le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins<sup>186</sup>.

La forme mystique<sup>187</sup>, maintenant obsolète, consiste en un testament secret, signé et remis à un notaire qui doit aussitôt dresser un acte de suscription<sup>188</sup>.

Enfin, le testament olographe français présente, pour sa part, plusieurs points communs avec le testament olographe québécois. Les exigences de forme qui lui sont propres feront l'objet d'une analyse comparée. Nous aborderons ensuite l'étude de l'évolution de la jurisprudence française et québécoise en matière de validation de cette forme de testament.

L'article 970 C.civ. dispose que « [l]e testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujéti à aucune autre forme ». Cette dispo-

---

185. Nous n'aborderons pas les règles particulières sur la forme des testaments des militaires et des marins en déplacement à l'étranger ou en temps de guerre puisqu'elles ne s'appliquent que dans certains cas spéciaux, hors le territoire national : C.civ., art. 93 et 981 à 1000.

186. C.civ., art. 971.

187. C.civ., art. 976.

188. L'acte de suscription a pour but de constater que le notaire est dépositaire d'un testament.

sition précise, à l'instar de l'article 726 C.c.Q., que le testament olographe doit être « écrit en entier » par le testateur. Pour les tribunaux, le respect de cette condition doit être total. Il est par ailleurs essentiel que la date de rédaction du testament y figure. Elle permet de vérifier la capacité du testateur au moment de la rédaction et d'établir l'ordre chronologique des testaments lorsqu'il en existe plus d'un. En cas d'incompatibilité, on évite ainsi toute confusion entre légataires ou entre bénéficiaires. En ce qui a trait à la signature, les professeurs Malaurie et Aynès affirment :

D'une part, elle confère une garantie d'origine de la personne désignée comme testateur ; d'autre part et surtout, elle constitue l'affirmation d'une volonté : comme l'écriture et la date, une preuve de l'*animus testandi*.<sup>189</sup>

En résumé, le testament olographe doit être écrit de la main du testateur, daté et signé. À l'instar du droit québécois, le testament français est assujéti aux conditions de forme prescrites par le Code civil sous peine de nullité<sup>190</sup>. Tout comme en droit québécois, les tribunaux français ont développé, au fil des ans, une « désolennisation du testament »<sup>191</sup>. Ils ont ainsi assoupli l'interprétation des règles de forme de façon à favoriser la survie des dernières volontés du défunt.

En droit français, il n'y a pas de procédure de vérification ou de validation prescrite par le Code civil. À la suite du décès, le testament olographe doit être déposé chez un notaire « qui le décachette, en dresse procès-verbal, le dépose au rang de ses minutes, puis, dans le mois, en adresse copie au greffe du tribunal du lieu d'ouverture de la succession »<sup>192</sup>. Ainsi, le testament écrit, daté et signé par le testateur a force probante. Ce n'est qu'en cas de contestation de l'écriture, de la signature ou de la date que les tribunaux sont saisis d'une action en justice.

### **3.1.2 Une interprétation plus stricte du texte de loi menant à une application jurisprudentielle moins généreuse**

Si la jurisprudence française a consenti certains assouplissements dans l'interprétation des conditions de forme du testament olographe, elle ne les a pas pour autant supprimées. Nous verrons

189. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, Lextenso, 2008, n<sup>o</sup> 479, p. 258.

190. C.civ., art. 1001.

191. Louis JOSSERAND, La « désolennisation » du testament, D.H., 1932, p. 73.

192. P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 189, n<sup>o</sup> 482, p. 260.

ainsi ce qui a été toléré par la Cour de cassation<sup>193</sup> en matière d'atteinte aux conditions de forme touchant le mode et le support de l'écriture (3.1.2.1), la date (3.1.2.2) et la signature (3.1.2.3).

### 3.1.2.1 *Le mode et le support de l'écriture*

Un testament peut être écrit sur un carnet, une carte postale, au dos d'une police d'assurance, sur le panneau latéral d'une machine à laver ou même au dos d'une enveloppe contenant un autre testament olographe<sup>194</sup>. Le testament olographe peut également être écrit sur des feuilles séparées. Toutefois, lorsque, dans un testament qui comprend deux parties distinctes, la date et la signature sont intercalées entre ces deux parties, le juge ne saurait considérer comme valables les dispositions contenues dans la deuxième partie puisqu'elle n'a été ni datée, ni signée<sup>195</sup>. Le testament peut encore être rédigé d'après un modèle remis par un tiers si le rédacteur est conscient de ce qu'il transcrit. En effet, « une reproduction servile du modèle par un illettré entraîne la nullité du testament »<sup>196</sup>.

En revanche, un simple projet ou un brouillon ne peuvent être assimilés à un testament. Ainsi, « un document dénommé « brouillon », à caractère nécessairement provisoire et aléatoire, n'est pas un testament »<sup>197</sup>. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante qu'un document dactylographié ne peut valoir comme testament olographe valable, même si une mention manuscrite est apposée par le testateur au bas de feuillets numérotés, datés et signés<sup>198</sup>. Enfin, le testament est nul lorsqu'un rapport d'expertise établit qu'il n'a pas été entièrement écrit de la main du testateur<sup>199</sup>. Par contre, une rédaction à « main guidée » est exceptionnellement admise lorsqu'il n'y a aucun doute sur la volonté du testateur<sup>200</sup>.

---

193. La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français. Elle ne tranche que des questions de droit ou d'application du droit et ne juge pas les faits. Elle assure ainsi par sa jurisprudence une application harmonieuse des lois.

194. Bernard BEIGNIER, note sous Toulouse, 15 oct. 1996, Dr. Fam. 1997, n° 149.

195. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1986, Bull. civ. I, n° 297.

196. Amiens, 5 avr. 1976, JCP N 1978. II. 205.

197. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, Bull. civ. I, n° 301 ; Dr. Fam. 2006, n° 153, obs. Beignier.

198. Civ. 18 mai 1936. 345 et 24 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 79 ; D. 2000. 428, obs. Nicod.

199. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2006, Bull. civ. I, n° 415 ; D. 2006. 2969, note Jacotot.

200. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 57 ; D. 1997. II. 1187, note Beignier. La main du testateur est dite « guidée » lorsqu'elle est soutenue par un tiers pour venir en aide à la personne qui ne peut écrire seule. Voir *Didone c. Didone-Gagnon*, préc., note 144, pour un exemple d'application en droit québécois.

Nous constatons ici une différence majeure d'interprétation de l'exigence suivant laquelle le document doit être entièrement écrit par le testateur. En droit québécois, le formulaire rempli et signé est toléré, alors qu'en droit français, il serait annulé faute d'avoir été entièrement rédigé par le défunt.

### 3.1.2.2 *La mention de la date*

En droit français, l'absence totale de date entraîne la nullité de l'acte. Il en sera ainsi même en l'absence de contestation sur la capacité du testateur ou sur l'existence d'un testament inconciliable<sup>201</sup>. En revanche, la simple omission d'une partie de la date peut être palliée par une analyse des éléments intrinsèques de l'acte. Le juge entreprendra cette analyse « s'[il reconnaît] que ces mentions [lui] permettent de la rétablir avec certitude, en faisant apparaître d'une façon précise, les jours, mois et année auquel le testateur a rédigé son œuvre et à cet égard leur appréciation est souveraine »<sup>202</sup>.

Lorsqu'ils corroborent ces éléments intrinsèques, les circonstances extrinsèques peuvent aussi servir à établir la date ou à la compléter. Ce serait le cas d'un testament qui comporte le jour et le mois mais non l'année<sup>203</sup>. Seulement, à défaut d'éléments extrinsèques, l'indication de la seule année ne peut constituer la date<sup>204</sup>. Quant au quantième du mois :

[...] dès lors qu'il n'a pas été soutenu que, pendant tout le cours de ce mois, la testatrice ait été frappée d'une incapacité de tester ni qu'elle ait rédigé un autre testament révocatoire ou inconciliable avec le testament litigieux, le caractère incomplet de la date n'entraîne pas la nullité du testament.<sup>205</sup>

Des dérogations sont parfois consenties pour des cas exceptionnels comme celui du testament non daté retrouvé près d'une personne qui s'est suicidée. Dans une affaire, les juges ont retenu que la date pouvait être reconstituée à partir d'un élément intrinsèque à l'acte<sup>206</sup>. Une autre dérogation est admise pour l'absence

201. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, préc., note 197 ; D. 2006.IR.1706.

202. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 1986, JCP N 1987.II.96, note Venandet.

203. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1992, D. 1993.325, note Maury.

204. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 1988, D. 1989.110, note Malaurie.

205. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, Bull. civ. 1, n° 200 ; D. 1995.52, obs. Grimaldi.

206. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1955, D. 1956.5.



totale de date lorsque la prise en compte d'éléments extrinsèques est susceptible de circonscrire une période déterminée<sup>207</sup>.

Nous constatons derechef que le texte de loi français est appliqué avec sérieux. Faute de date déterminable – mise à part une tolérance limitée – la nullité du testament ne peut être évitée. Au Québec, la date ne constitue pas un élément essentiel du testament olographe ou devant témoins. Le *Code civil du Québec* n'a d'ailleurs pas repris l'article 854, al. 2 du *Code civil du Bas Canada* aux termes duquel

[...] dans le testament olographe, comme d'ailleurs dans le testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, la mention de la date et du lieu n'était pas requise à peine de nullité, mais [...] c'était aux juges et aux tribunaux à décider dans chaque cas s'il résultait de son absence quelque présomption contre le testament ou qui en rendit les dispositions particulièrement incertaines.<sup>208</sup>

### 3.1.2.3 *La fonction de la signature*

La signature est la marque de l'identification et de l'approbation personnelle et définitive du testateur. Elle confirme le contenu de l'acte et la volonté de s'en approprier les termes. Elle ne peut être antérieure au texte lui-même<sup>209</sup>. La signature doit absolument être apposée à la suite du contenu de l'acte<sup>210</sup>. La seule mention manuscrite des nom et prénom du testateur, apposée antérieurement aux dispositions testamentaires, entraîne la nullité du testament. La signature doit de plus être de la main du testateur. Enfin, l'inscription du seul prénom est tolérée s'il permet d'établir avec certitude l'identité de l'auteur du document et sa volonté d'en approuver les dispositions<sup>211</sup>.

La condition entourant la signature est donc appréciée avec autant de sévérité que les deux autres exigences de l'article 970 C.civ. Plus particulièrement, son emplacement sur le document revêt une importance considérable puisqu'elle confirme les dispositions testamentaires qui la précèdent.

207. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2007, D. 2007.AJ.1510 ; Rép. Defrénois, 2007, p. 1432, note Beaubrun.

208. G. BRIÈRE, préc., note 1, n° 422, p. 533.

209. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 55 ; D. 2004.2341, obs. Nicod.

210. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 14 ; Rép. Defrénois, 2003, p. 550, obs. Champenois.

211. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, Bull. civ. I, n° 180 ; D. 2004.2953, note Nicod.

Généralement, le respect des trois conditions de validité du testament olographe français est scrupuleusement analysé. S'il est contrevenu à une seule d'entre elles, le testament est déclaré nul. On se doute bien dès lors que la jurisprudence française reconnaît les testaments affectés d'un vice de forme avec plus de parcimonie.

### **3.1.3 La « désolennisation » des règles de forme du testament olographe sous le contrôle de la Cour de cassation**

Au Québec, les tribunaux adoptent les analyses objective ou subjective afin de déterminer si l'atteinte à une condition peut être justifiée par le caractère certain et non équivoque de la volonté du défunt. En France, ce sont les éléments intrinsèques et extrinsèques du testament qui sont mis à contribution dans le cadre de la validation d'un testament. En réalité, il s'agit d'une question de terminologie. L'objectif reste strictement le même : tenir compte des circonstances de chaque espèce afin de permettre la reconnaissance des conditions de forme et d'immortaliser les dernières volontés du défunt.

Une caractéristique importante différencie toutefois les processus québécois et français : les tribunaux français sont beaucoup plus stricts dans l'application du texte de loi. S'il en est ainsi, c'est que tout arrêt d'une cour d'appel est susceptible de cassation à la suite d'une mauvaise application du droit. Si l'écriture et la signature du testament olographe font l'objet d'une jurisprudence plutôt constante, ce n'est pas le cas pour la date. Sur ce dernier point, la Cour de cassation était elle-même hésitante « entre le respect du formalisme strict initié par l'article 970 du *Code civil* [français] et la fidélité aux dispositions de dernières volontés du défunt »<sup>212</sup>. L'arrêt de la Première chambre civile rendu le 10 mai 2007<sup>213</sup> semble avoir marqué une étape essentielle en la matière.

Sans relater toutes les décisions rendues sur cette question, rappelons que la principale difficulté à laquelle font face les tribu-

212. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2007, préc. note 207, Rép. Defrénois, 2007, p. 1433, note Beaubrun.

213. *Ibid.*, D. 2007. 1510. La mention manuscrite de l'adresse du testateur sur le testament olographe sans date ainsi que des pièces produites ont démontré que celui-ci y avait résidé pendant 10 mois et 7 jours. De plus, pendant cette période, aucun élément n'établissait l'insanité d'esprit du testateur. Le pourvoi est accueilli.

naux français est d'établir une date le plus fidèlement possible. Les arrêts *Payan*<sup>214</sup> et *Bertrando*<sup>215</sup>, respectivement rendus en 1983 et en 1986, ont permis un premier assouplissement en admettant que les faits et circonstances extrinsèques puissent servir à compléter la date lorsqu'ils corroborent les éléments intrinsèques. Mais, en 1988, l'arrêt *Tuloup* a freiné cet élan. Cette décision mentionne en effet que « l'indication de la seule année ne peut constituer la date au sens de 970 C.civ. »<sup>216</sup>. La tendance à l'assouplissement s'est réaffirmée en 1994<sup>217</sup>, en 1997<sup>218</sup> et en 2007 avec l'arrêt *Sawiat*<sup>219</sup>. Un passage tiré de cette décision est particulièrement intéressant :

En dépit de son absence de date, un testament olographe n'encourt pas la nullité dès lors que des éléments intrinsèques à l'acte, corroborés par des éléments extrinsèques, établissent qu'il a été rédigé au cours d'une période déterminée et qu'il n'est pas démontré qu'au cours de cette période, le testateur ait été frappé d'une incapacité de tester ou ait rédigé un testament révocatoire ou incompatible.<sup>220</sup>

La seule atténuation admissible au formalisme de l'article 970 C.civ. est donc l'atteinte à la condition portant sur la date. Celle-ci doit toutefois être déterminable, à l'intérieur d'une période donnée, par des éléments intrinsèques que corroborent des éléments extrinsèques. Rappelons à cet égard qu'en droit québécois, la mention de la date n'est pas une condition de forme du testament olographe lorsqu'une analyse subjective permet de conclure à une volonté non équivoque de tester.

214. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1983, Bull. Civ. I, n° 95 ; Rép. Defrénois, 1983, art. 33172, note Souleau. Le testament de M. Payan daté de janvier 1975 ne comportait pas le quantième. Or, la capacité et la volonté de tester du défunt ne faisant aucun doute, la Cour d'appel aurait dû tirer les conséquences légales de ses propres constatations. Le pourvoi est accueilli.

215. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1986, Bull. Civ. I, n° 193 ; D. 1986.542, note Grimaldi. Le testament était daté uniquement d'octobre 1972. Même analyse que dans l'arrêt *Payan*, note 161, le pourvoi est accueilli.

216. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 1988, Bull. civ. I, n° 71. La première chambre civile met un terme à l'assouplissement amorcé et revient à une interprétation stricte du texte de loi.

217. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, préc., note 205. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas cerné avec une précision suffisante la période d'incertitude, limitée à 11 jours en l'occurrence, pendant laquelle le testament aurait pu être rédigé. Le pourvoi est accueilli.

218. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 320. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas recherché si des éléments extrinsèques à l'acte pouvaient permettre d'interpréter l'écriture du testateur pour déterminer la date, inscrite sur le document mais illisible. Le pourvoi a été accueilli.

219. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2007, préc., note 207 ; D. 2007.1510.

220. *Ibid.*

En droit français, c'est essentiellement la signature qui est la marque d'une volonté certaine du défunt, à condition qu'elle soit apposée à la suite des dispositions testamentaires.

L'étape de la vérification du respect des conditions de forme en France est donc l'occasion d'analyses fort différentes de celles qui jalonnent ce processus en droit québécois. En droit français, nous l'avons vu, les trois conditions de l'article 970 C.civ. doivent être respectées, sous peine de nullité. Une autre raison explique facilement cette dissemblance. Le Code civil français ne contient pas de disposition similaire à l'article 714 C.c.Q. Les tribunaux français ne sont donc pas expressément autorisés par le législateur à faire prévaloir, dans certains cas, les dernières volontés du défunt sur les conditions de forme du testament.

Il est aussi intéressant de noter que le *Code civil du Bas Canada* ne prévoyait pas non plus de disposition s'apparentant à l'article 714 C.c.Q. Cela n'a pourtant pas empêché les tribunaux de développer, au fil des ans, une jurisprudence tolérante.

### **3.2 Exposé portant sur la pertinence de l'article 714 C.c.Q.**

Grâce aux éléments mis au jour dans nos développements, nous pouvons maintenant aborder la question de la pertinence de l'article 714 C.c.Q. Cet article a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine. Elles portent notamment sur son application aléatoire et sur la part que cette disposition aménage à la discrétion judiciaire. Or, l'article 46 du *Code de procédure civile* ne dispose-t-il pas que « [l]es tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs compétences » ? Les auteurs Denis Ferland et Benoît Emery commentent ainsi cet article :

Ces pouvoirs inhérents des tribunaux et des juges, codifiés dans notre droit, originent de la common law, sont accessoires à la compétence qu'ils possèdent déjà et supplétifs en cas d'absence de moyens déjà prévus par la loi.

[...]

La Cour suprême [*Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743] reconnaissait elle-même ces limites dans les termes suivants :

[...] La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci.

[...]

Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent.<sup>221</sup>

Il n'est pas aisé pour un juge de se prononcer lorsqu'une disposition implique une marge d'interprétation importante. Or, il semble que la discrétion judiciaire soit inhérente à la lettre de l'article 714 C.c.Q. Afin de compléter cette étude, nous allons maintenant examiner le rôle du tribunal dans l'interprétation de l'article 714 C.c.Q. (3.2.1) avant d'exposer la synthèse de nos observations (3.2.2).

### **3.2.1 Les théories interprétatives du tribunal**

Le professeur Beaulne a abordé le rôle du tribunal dans le processus de validation d'un testament affecté d'un vice de forme. Il propose à cette fin une analyse des théories interprétatives de la discrétion judiciaire<sup>222</sup>. La question qui se pose est de savoir si l'on doit faire primer la substance sur la forme (3.2.1.1) ou si elle doit au contraire lui être subordonnée (3.2.1.2). En d'autres termes, les dernières volontés du défunt doivent-elles prévaloir même si le document qui les constate est entaché d'un défaut de forme ? La substance devrait-elle plutôt n'être vérifiée que lorsque le tribunal est convaincu que l'écrit satisfait pour l'essentiel aux conditions des articles 726 et 727 C.c.Q. ? L'article 714 C.c.Q. a-t-il pour effet, comme la doctrine se le demande, d'introduire un quatrième type de testament en droit québécois, soit le testament judiciaire (3.2.1.3) ?

#### *3.2.1.1 La préséance de la substance sur la forme*

Selon nous, la théorie suivant laquelle la substance prévaut entièrement sur la forme n'est pas défendable. En effet, la substance du testament, c'est-à-dire la volonté certaine et non équivoque du défunt, ne peut se substituer entièrement aux deux conditions énoncées à l'article 714 C.c.Q. Aussi, cette dernière disposition ne

221. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 103 à 105.

222. J. BEAULNE, préc., note 27, p. 49 et s.

devrait pas permettre de valider un testament qui ne respecte *aucune* condition de forme. Le but de l'article 714 est de permettre que soit validé un « testament », de pallier un défaut affectant sa forme. Or, un écrit qui ne respecte aucune des conditions requises par les articles 726 ou 727 C.c.Q. ne peut être qualifié de « testament ». En revanche, on peut se demander ce qu'il en est d'un écrit qui ne respecte qu'une seule des conditions de forme prescrites par le législateur.

Toutes les difficultés entourant l'interprétation de l'article 714 C.c.Q. tirent leur source du caractère non essentiel des conditions de forme édictées par le législateur. Ce dernier n'a jamais précisé que le non-respect de l'une des conditions de forme du testament olographe est fatal au regard de l'application de l'article 714 C.c.Q. Comment peut-on alors affirmer qu'un vice de forme contrevient à une condition formelle essentielle empêchant la validation du testament ? Parmi les décisions rendues au cours des 17 dernières années, la seule dont nous n'arrivons pas à adhérer aux conclusions est celle de l'affaire *Rioux (Succession de)*<sup>223</sup>. Puisque le document produit en cour, en l'occurrence une disquette, ne respectait aucune des conditions de forme, nous maintenons qu'il ne pouvait s'agir d'un testament.

L'affaire *Gaumont-Dupuis (Succession de)*<sup>224</sup> est parfois citée en appui à la thèse suivant laquelle la substance a préséance sur la forme. Dans cette affaire, le juge Barakett a développé l'analyse « de la substance et de la forme » en affirmant :

Le premier intérêt du législateur lorsqu'il érige certaines formalités n'est pas pour la formalité en soi mais pour protéger le caractère et la substance du contenu de l'acte. Il assure le ou les parties d'une certaine formalité afin que le tout ne se passe pas d'une façon frivole et que la partie puisse être assurée du contenu et de la substance de l'acte et du geste qu'il pose.

[...]

Donc, la forme, en droit québécois, eu égard au testament, n'est là que pour assurer la pureté de la substance du testament et qu'il s'agit véritablement d'une volonté exprimée clairement du testateur et non pas

223. *Rioux (Succession de)*, préc., note 12. Voir aussi *supra*, section 2.2.3.

224. *Gaumont-Dupuis (Succession de)*, préc., note 161. Ce jugement a été renversé par la Cour d'appel dans *Paradis c. Groleau-Roberge*, préc., note 35.

une volonté qui a été polluée ou même fraudée par l'intervention de tiers compte tenu de l'enjeu.

[...]

Ce serait assujettir la substance à la forme et nier l'existence de la substance. Pourtant, la forme n'est qu'un accessoire qui doit protéger la substance et non l'annuler.<sup>225</sup>

Selon le juge Barakett, l'analyse subjective, associée à la signature de la testatrice et à sa volonté certaine et non équivoque de tester, était suffisante pour considérer que les conditions de forme essentielles avaient été respectées. On ne peut reprocher au juge d'avoir usé de son pouvoir discrétionnaire pour avancer que le respect d'une seule des conditions de forme du testament olographe suffit pour valider le document aux termes de l'article 714 C.c.Q. Par ailleurs, dans la mesure où il n'y a pas irrespect de toutes les conditions de forme, mais simplement appréciation subjective des formalités requises, on ne peut pas inférer de cette décision que la substance a préséance absolue sur la forme. En réalité, les juges motivent souvent l'application de l'article 714 C.c.Q. par le fait qu'il s'agit d'une disposition destinée à s'appliquer aux testaments olographe et devant témoins, et que si le testament olographe devait obligatoirement et en tout temps répondre aux conditions de forme imposées par l'article 726 C.c.Q., l'article 714 C.c.Q. n'aurait jamais vocation à s'appliquer<sup>226</sup>.

### 3.2.1.2 La subordination de la substance à la forme

L'hypothèse de la subordination de la substance à la forme est retenue par la grande majorité de la doctrine. Cette hypothèse « est fondée sur le caractère subordonné de la discrétion judiciaire : le tribunal ne devrait tenir compte de la volonté du testateur qu'à la condition préalable qu'il soit convaincu que l'écrit satisfait, pour l'essentiel, aux formalités requises par sa forme »<sup>227</sup>. C'est précisément ce qu'affirme le juge Taschereau dans l'affaire *Thériault (Succession de)*<sup>228</sup> lorsqu'il soutient qu'avant d'établir que le testament contient véritablement les dernières volontés du défunt, « il est [...] indispensable qu'il constate [...] que ce testament respecte les formalités essentielles auxquels [sic] il est assujetti ».

225. *Gaumont-Dupuis (Succession de)*, préc., note 161, p. 379 et 380.

226. *Mercier et Mercier-Charron*, préc., note 12.

227. J. BEAULNE, préc., note 27, n° 96, p. 53.

228. *Thériault (Succession de)*, préc., note 28.

Le juge Taschereau utilise l'approche objective et propose une première recherche du respect des conditions essentielles de forme. Toutefois, afin de déterminer ce caractère « essentiel », et faute de pouvoir se fonder sur une base législative, cette recherche fera nécessairement appel au pouvoir discrétionnaire du juge. Certaines décisions ont ainsi validé des testaments olographes et devant témoins qui ne satisfaisaient qu'à l'une des conditions requises par les articles 726 C.c.Q. ou 727 C.c.Q. Il ne faut pas se leurrer ; à partir du moment où le juge doit se prononcer, c'est forcément son appréciation souveraine de la situation qui est privilégiée. De fait, on ne peut prétendre évacuer toute trace de discrétion judiciaire. Force est donc de constater que celle-ci intervient déjà dans l'appréciation du défaut de forme.

Dans l'optique de l'analyse objective, lorsque le juge estime que les conditions sont respectées pour l'essentiel, il doit alors établir le caractère certain et non équivoque de la volonté du défunt. Ici encore, c'est sa discrétion qui est mise à contribution. À travers cette approche, la substance est effectivement subordonnée à la forme dans la mesure où la recherche de l'*animus testandi* n'intervient que si le juge est convaincu que le document satisfait pour l'essentiel aux conditions de sa forme. Dans le cadre de l'application de l'article 714 C.c.Q., nous pensons que la subordination de la substance à la forme n'est guère plus satisfaisante que la préséance de la substance sur l'absence totale de forme. La discrétion judiciaire est ainsi bien présente tant dans l'approche objective que dans l'approche subjective.

L'évaluation des défauts de forme ne fait pas toujours l'unanimité. Il n'est pas rare de voir qu'un défaut de forme soit considéré comme une atteinte mineure à une formalité par un juge et non par un autre ; le témoin unique dans le cadre du testament de l'article 727 C.c.Q. illustre très bien. Mais dans la mesure où il n'existe pas de liste exhaustive « d'atteintes mineures ou majeures à une formalité requise » et que l'article 714 C.c.Q. fait bel et bien partie de notre ordonnancement juridique, il faut bien que le juge se prononce. Vous avez dit ou pensé « testament judiciaire » ?

### 3.2.1.3 *L'hypothèse du testament judiciaire*

La crainte d'accorder au juge une trop grande discrétion dans l'appréciation du respect des conditions de forme et le loisir qu'il a de



se baser uniquement sur l'intention certaine et non équivoque de tester du défunt a suscité bien des commentaires<sup>229</sup>.

Il est exact qu'aux termes du Projet de loi 107<sup>230</sup> ainsi que des deux versions du Projet de loi 20<sup>231</sup>, l'article 714 C.c.Q. devait constituer le fondement de toute validation de testament nul pour vice de forme « si le tribunal est convaincu, après avoir entendu les intéressés, que l'écrit contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt ». Cette hypothèse commandait une plus grande certitude de la volonté certaine et non équivoque du défunt, après audition des intéressés. Ces premières versions auraient donné au juge le pouvoir de vérifier n'importe quel document, même complètement dépourvu de l'une des conditions édictées aux articles 726 ou 727 C.c.Q., comme ce fut le cas dans l'affaire *Rioux (Succession de)*<sup>232</sup>. Seul le testament oral aurait été écarté. Quoi qu'il en soit, l'exigence relative à l'audition des intéressés par le tribunal a été supprimée dans le Projet de loi 125<sup>233</sup> et le législateur a conservé le principe suivant lequel le testament doit satisfaire, pour l'essentiel, aux conditions requises par sa forme. Ainsi, avec l'article 714 C.c.Q., le législateur a souhaité « éviter le recours obligatoire à l'audition des témoins, le juge pouvant acquiescer à une demande fondée sur l'article 714 C.c.Q. sur simple preuve documentaire »<sup>234</sup>.

Le professeur Beaulne s'est demandé si l'introduction de l'article 714 C.c.Q. « n'a pas créé une quatrième forme de testament, soit le testament « sans nom », que plusieurs auteurs et jugements ont d'ailleurs déjà qualifié de « testament judiciaire » »<sup>235</sup>. Il y répond par la négative en faisant référence à une décision de la Cour supérieure<sup>236</sup> et à l'analyse développée par le professeur Kasirer (maintenant juge à la Cour d'appel) selon laquelle :

[...] art. 714 C.C. does not create a new category for wills but merely allows a court to validate non-complying testamentary paper as a holograph will or a will before witnesses. [...] In short, judges should

229. J. BEAULNE, préc., note 27, n° 58, p. 35 ; Germain BRIÈRE, préc., note 1, n° 441, p. 551 ; Roger COMTOIS, « De la désolennisation du testament », (1995) 97 *R. du N.* 408.

230. Préc., note 5.

231. Préc., note 6.

232. *Rioux (Succession de)*, préc., note 12. Voir aussi *supra*, section 2.2.3.

233. Préc., note 8.

234. J. BEAULNE, préc., note 4, n° 11, p. 34.

235. J. BEAULNE, préc., note 27, n° 58, p. 35.

236. *Thériault (Succession de)*, préc., note 28.

make no-one's will but their own and, as a corollary, judges must not create testamentary paper under art. 714 themselves but content themselves with reviewing existing but failed efforts by others to dispose of property at death.<sup>237</sup>

Nous adhérons à cette analyse. En effet, l'article 714 C.c.Q. vise à valider un testament qui présente un défaut de forme. Pour cette raison, il est impossible pour un individu de choisir le « testament de l'article 714 C.c.Q. ». Il ne peut s'agir d'une réelle option ou d'une quatrième forme de testament.

Le juge Taschereau, dans l'affaire *Thériault (Succession de)*<sup>238</sup>, affirme que :

[m]algré ce que l'on peut être porté à croire à la lecture de l'article 714 C.c.Q., cette disposition n'a pas introduit dans notre droit une quatrième forme de testament, que l'on pourrait qualifier de « judiciaire ».

### **3.2.2 Synthèse de nos observations**

Nous sommes convaincue que la pertinence réelle de l'article 714 C.c.Q. dépend de l'interprétation qu'en fait le juge ainsi que de l'analyse, objective ou subjective, qu'il décidera de privilégier. La synthèse de nos observations nous amène à constater que l'analyse objective ne comble pas le souhait du législateur (3.2.2.1), d'où l'intérêt d'avoir recours à l'analyse subjective afin de mettre en relief toute la portée de l'article 714 C.c.Q. (3.2.2.2). En outre, nous nous réjouissons de voir que certains auteurs mettent bien en lumière toute la valeur de l'analyse subjective à travers leurs commentaires. Cette approche respecte parfaitement, selon nous, la lettre de l'article 714 C.c.Q. et justifie sa pertinence (3.2.2.3).

#### *3.2.2.1 Une analyse objective stérile*

Lorsque le juge opte pour l'analyse objective du vice de forme affectant une condition, et que, selon lui, ce vice porte atteinte aux conditions essentielles, il n'a pas à déterminer si l'écrit reflète une intention de tester certaine et non équivoque. Ainsi, l'analyse objective, qui se déroule en deux temps, ne peut valider qu'une atteinte mineure aux conditions requises par les articles 726 ou 727 C.c.Q. Ce n'est qu'après avoir constaté que « l'essentiel de la forme » est

237. N. KASIRER, préc., note 85, p. 24.

238. *Thériault (Succession de)*, préc., note 28.

néanmoins respecté que le juge doit prendre en considération la volonté de tester du défunt. Nous l'avons déjà souligné, cette approche était assez largement utilisée sous le *Code civil du Bas Canada* et l'est toujours avec le Code civil français.

Cela signifie que l'analyse objective ne permettra jamais la validation d'un testament qui présente une atteinte majeure aux conditions de forme puisque la vérification s'arrêtera dès après ce constat. Or, ce n'est pas ce que précise la lettre de l'article 714 C.c.Q. ; le législateur utilise en effet la conjonction « et » entre les conditions requises. Cela implique forcément une addition, c'est-à-dire un cumul des conditions. En outre, rien n'indique dans le texte de la disposition, que la recherche de la volonté certaine et non équivoque du défunt doit être subordonnée à la recherche du respect de la forme pour ce qui est essentiel. À notre avis, cette analyse objective prive de sens l'article 714 C.c.Q.

À titre d'exemple, l'analyse objective ne recherche pas la présence de la volonté du défunt dans le cas du testament olographe qui ne respecte qu'une seule des deux conditions requises ou celui du testament devant un seul témoin. Pour ne citer que quelques jugements récents, ce fut le cas dans les affaires *Aubé (Succession d') c. St-Amand*<sup>239</sup>, *Bélangier (Succession de)*<sup>240</sup>, *Ford (Succession de)*<sup>241</sup> ou encore dans l'affaire *Lamb (Succession de)*<sup>242</sup>. Mais au fait, est-ce vraiment une atteinte qui touche à une condition essentielle ? Et nous voilà repartie à la recherche d'une réponse qui sera nécessairement inconsistante par rapport aux préceptes de l'analyse objective, faute d'inventaire des conditions dites essentielles. Il semble que cette analyse empêche que soit atteint l'objectif du législateur : l'appréciation de l'atteinte aux conditions requises et la recherche du caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur.

Il est vrai que le défaut de signature est sans aucun doute celui que l'on excuse le moins. La doctrine semble unanime sur cette question. La professeure Morin<sup>243</sup> rappelle que le testament

239. *Aubé (Succession d') c. St-Amand*, (C.A.), préc., note 12.

240. *Bélangier (Succession de)*, 2009 QCCS 72.

241. *Ford (Succession de)*, préc., note 105.

242. *Lamb (Succession de)*, préc., note 28.

243. Christine MORIN, « La signature du testament olographe : une condition essentielle ? », dans Chambre des notaires du Québec, *Entracte*, Montréal, 15 mai 2009, vol. 18, n° 4, p. 11 ; Christine MORIN, « Derniers développements à propos de l'exigence de signature du testament olographe », dans Chambre des notaires du Québec, *Entracte*, Montréal, 15 octobre 2010, vol. 19, n° 8, p. 7.

demeure un acte solennel et formaliste et souligne la fonction rituelle de la signature. En effet, il a souvent été rappelé que la signature a comme fonction de marquer l'approbation définitive du document rédigé par le testateur. Toutefois, nous nous interrogeons sur cette intransigeance lorsqu'il est clairement démontré, comme dans l'affaire *Aubé (Succession d')*, que la testatrice était apte à tester, qu'il ne faisait aucun doute que le document avait été rédigé de sa main, que le contenu du document exprimait parfaitement l'expression de ses dernières volontés et qu'elle avait remis le document à l'infirmière en précisant qu'il s'agissait de son testament. Le contenu du document comportait par ailleurs des détails fort précis concernant ses REÉR, son assurance-vie et sur l'endroit exact où se trouvaient certains documents importants. La testatrice avait même écrit : « Je n'irai pas voir le notaire pour exécuter [sic] le testament. Car ça coûte cher (très cher) »<sup>244</sup>. Elle souhaitait par ailleurs que ses biens soient divisés en parts égales entre ses trois enfants, contrairement à un autre testament, rédigé 16 ans plus tôt et dans lequel elle avantageait considérablement l'un d'eux. La Cour supérieure<sup>245</sup> a d'ailleurs validé ce document en retenant l'analyse subjective au terme de laquelle il a été démontré que la testatrice avait rédigé le document et qu'il contenait une volonté certaine et non équivoque de procéder à la dévolution de ses biens.

La Cour d'appel<sup>246</sup> a pourtant infirmé ce jugement au motif que la signature est une condition essentielle à laquelle on ne peut déroger. Par ailleurs, on a beaucoup insisté sur le fait que les dernières volontés de la défunte avaient été rédigées dans un livret de Sudoku. C'est regrettable selon nous. Cette position attribue aux faits une connotation péjorative et le support utilisé ne saurait être un élément permettant de minimiser l'importance du contenu d'un document. La décision n'aurait certainement pas été différente si le même contenu avait été rédigé sur une feuille blanche, puisque c'est le défaut de signature et l'analyse objective qui ont servi aux juges dans leur décision. Or, étant donné les faits de l'espèce et la présence indiscutable de l'*animus testandi* de la défunte, cette décision se serait avérée plus critiquable. Rappelons que l'article 714 C.c.Q. a précisément été introduit dans le *Code civil du Québec* pour pallier certaines lacunes dans le respect des conditions de forme du testament. Or, dans cette affaire, il était incontestable pour tous, y com-

244. *Aubé (Succession d')*, (C.S.), préc., note 12, par. 20.

245. *Ibid.*

246. *Aubé (Succession d')* c. *St-Amand*, (C.A.), préc., note 12.

pris pour les juges d'appel, que le document contenait réellement les dernières volontés de la testatrice. Le législateur n'a par ailleurs jamais précisé que le défaut de signature devait systématiquement faire échec à la validation du testament olographe sur le fondement de l'article 714 C.c.Q. À notre humble avis, l'approche objective dénature l'article 714 C.c.Q. et l'empêche de produire ses effets. L'analyse subjective ne présente pas cette lacune.

### 3.2.2.2 *L'intérêt d'une analyse subjective*

Selon nous, l'analyse subjective met en évidence toute la valeur de l'article 714 C.c.Q. En effet, le juge peut alors procéder à son évaluation en se basant sur un fondement solide. Voici pourquoi.

Nous l'avons vu, l'analyse subjective tient compte du contexte particulier de chaque espèce et du caractère certain de la volonté du testateur pour établir que l'atteinte aux conditions de forme du testament est excusable ou non. Nous avons pu constater que l'analyse subjective, associée à la volonté certaine et non équivoque du défunt de tester, pouvait conduire à écarter le vice de forme le plus important dans la mesure où le juge est persuadé que le testament doit être validé.

Ainsi, les affaires portant sur une atteinte « majeure » aux conditions de forme sont toujours minutieusement analysées et le caractère certain et non équivoque de la volonté du testateur toujours largement démontré. L'intérêt de l'analyse subjective est donc de permettre de valider un testament qui présente un vice de forme par ailleurs fatal, après avoir passé le cap d'une analyse scrupuleuse soutenue par la preuve d'une volonté de tester certaine et non équivoque. Il ne faut pas croire que l'analyse subjective serait l'approche salvatrice à retenir pour valider toute atteinte<sup>247</sup>. Par contre, cette approche a le mérite de proposer une analyse globale et de permettre que soient évoqués des faits en appui au caractère certain et non équivoque de la volonté de tester du défunt.

Par ailleurs, nous devons prendre en considération le commentaire du ministre de la Justice portant sur l'article 714 C.c.Q. et suivant lequel « [l]e respect de la liberté et de la volonté du testateur a préséance sur les exigences formelles lorsqu'il n'y a pas de doute sur

---

247. *Supra*, section 2.1.3 ; dans les affaires ayant eu recours à l'analyse subjective du défaut de forme, la validation a été refusée dans 34 % des décisions.

la portée de l'écrit »<sup>248</sup>. Or, à travers l'analyse objective, le juge ne tient pas compte de ce commentaire. Il serait exact d'affirmer que les tribunaux n'ont pas à se soumettre aux commentaires d'un ministre ; cependant, lorsque ce commentaire est en harmonie avec le texte de la loi, on ne peut l'ignorer totalement.

Toutefois, le choix entre l'analyse objective et l'analyse subjective relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Pour notre part, nous sommes convaincue que la pertinence de l'article 714 C.c.Q. ne peut être démontrée qu'à travers une analyse subjective des faits de l'espèce.

### 3.2.2.3 *La pertinence de l'article 714 C.c.Q.*

Des prérogatives importantes sont accordées au juge par le législateur : déterminer si le testament satisfait pour l'essentiel aux conditions requises par sa forme et établir que le document contient ou non de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. Aussi, dans le choix de l'analyse à privilégier, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire aussi considérable qu'inconfortable. En effet, c'est l'inconstance des tribunaux quant à l'analyse retenue qui engendre une fluctuation imprévisible dans le fait de qualifier une condition d'« essentielle » ou non à la validité du testament à vérifier.

L'approche objective, qui semble *a priori* davantage respecter l'esprit du Code, conduit la plupart du temps à des décisions hétérogènes et contradictoires dans la mesure où il n'existe pas de définition précise de ce que signifie « satisfai[re] pour l'essentiel [aux conditions requises par sa forme] »<sup>249</sup>. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence démontre qu'un juge peut décider de valider à titre de testament olographe un document rédigé à l'aide d'un moyen technique alors qu'un autre peut décider de rejeter la requête en validation. Ce dernier aura peut-être fait fi de l'intention de tester du défunt. Cela signifie que le juge qui retient l'approche objective tout en ne prenant pas en considération le respect minimal d'une condition de forme ignore l'article 714 C.c.Q. *in fine* selon lequel la volonté certaine et non équivoque de tester doit être recherchée.

---

248. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 9.

249. Art. 714 C.c.Q.

Il est vrai qu'une approche objective écarterait tout danger d'appréciation ou de discrétion personnelle ; les juges pourraient alors se prononcer de façon constante et unanime sur ce qui est essentiel ou non. Malheureusement, faute de pouvoir se référer à des critères strictement objectifs, cela est impossible. À l'inverse, l'approche subjective, qui tient compte du contexte particulier d'une affaire, tend à éliminer « l'arbitraire » du juge qui tranche selon des critères mal fixés. Aussi, suivant une analyse subjective, c'est dans le cadre bien délimité de faits précis que le juge exerce son appréciation de la forme du testament sur le fondement de l'article 714 C.c.Q., comme il a l'habitude d'exercer son appréciation des faits dans toute autre affaire mettant en cause l'application de la loi.

En réalité, l'analyse subjective ne vise pas la suppression du respect des conditions de forme des testaments olographes et devant témoins. Simplement, elle suggère au juge de se prononcer selon les faits, en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire, de la capacité du défunt et de sa volonté non équivoque de tester pour établir que le défaut de forme peut ou non être toléré. L'approche subjective contribue simplement à écarter la discrétion totale du juge qui retient l'analyse objective et qui doit se poser la question suivante : est-ce que je considère qu'il s'agit d'une atteinte majeure aux conditions de forme du testament ? En fonction de sa réponse, il peut décider de ne pas rechercher l'*animus testandi* du défunt. Aussi, nous pensons réellement que l'analyse objective, telle qu'elle est appliquée, offre une plus grande marge discrétionnaire au juge et qu'elle n'est pas adaptée à l'application de l'article 714 C.c.Q.

C'est ce qui nous amène à croire que l'analyse subjective est l'unique approche qui devrait être retenue dans l'application de l'article 714 C.c.Q. Sa pertinence serait démontrée grâce à une analyse minutieuse du juge dans le respect du texte de loi. Les juristes seraient ainsi enfin fixés sur son utilisation potentielle par les tribunaux. Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation du vice de forme serait réduit puisque ce sont les faits de chaque affaire qui permettraient d'établir si l'atteinte est majeure ou non. Par ailleurs, la recherche de la volonté certaine et non équivoque du défunt ne serait jamais écartée.

L'on pourrait nous objecter que l'analyse subjective prive le requérant de sa capacité de prévoir l'issue probable de sa démarche judiciaire. Nous pourrions répondre que l'analyse objective n'offre

pas plus de certitude à l'heure actuelle puisque la décision dépend des convictions personnelles du juge. En effet, certains juges semblent plus enclins que d'autres à déclarer valide un testament fait devant un seul témoin et à prendre en considération la volonté certaine et non équivoque de tester du défunt<sup>250</sup>. Le requérant sait que l'article 714 C.c.Q. peut valider un testament affecté d'un défaut de forme, mais il ne peut prétendre connaître à l'avance et de façon absolue la décision du juge. Il peut envisager une solution probable, mais non systématique puisque pour rendre son jugement, le tribunal doit user des pouvoirs qui lui sont conférés par le *Code de procédure civile*, donc d'une part nécessaire de discrétion judiciaire pour apprécier les faits.

Pour être validé en vertu de l'article 714 C.c.Q., le testament, doit, au départ, comporter un vice de forme, mais sans pour autant contrevenir à toutes les conditions formelles. Ce testament aura en effet franchi le cap de l'analyse subjective (extrinsèque, *in concreto*) associée à la recherche du caractère certain et non équivoque des dernières volontés du testateur. On doit en conclure que cette disposition du *Code civil du Québec* ne devrait pas permettre que soient validés des documents dont on ne peut même pas dire que ce sont des testaments, telle une disquette<sup>251</sup>. En réalité, il ne s'agit en aucun cas d'un quatrième type de testament, mais plutôt d'une « dernière chance » accordée par la loi afin d'assurer, lorsque cela est vraiment justifié, la survie des dernières volontés du défunt. Par conséquent, il est inutile de chercher à qualifier le testament validé par application de l'article 714 C.c.Q. autrement que de « testament olographe » ou de « testament devant témoins ».

Voilà pourquoi nous sommes persuadée que toutes les difficultés qui résultent de l'application de l'article 714 C.c.Q. sont liées à une inconstance dans le choix d'une analyse. Nous sommes convaincue que l'approche subjective de l'analyse de l'atteinte à la condition saurait clore le débat entourant la discrétion pure des tribunaux. Elle aurait également le mérite d'éviter les divergences de vue portant sur ce qui est ou non essentiel en matière de conditions de forme. La validation du document présenté au juge dépendrait du résultat combiné de l'analyse subjective du contexte de l'affaire et de la recherche d'une intention certaine et non équivoque de tester.

250. Comparer, par exemple, les motifs de la juge Rayle dans *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, préc., note 12 et ceux du juge Chabot dans *Veilleux (Succession de)*, préc., note 59.

251. *Rioux (Succession de)*, préc., note 12.



Elle serait justifiée par la lettre de l'article 714 C.c.Q. où se trouvent liées ces deux conditions, tout en laissant au juge le soin de déterminer si l'atteinte aux conditions de forme est incompatible ou non à la validation du testament.

N'est-ce pas le rôle des tribunaux que de rendre des décisions justes en fonction des faits qui caractérisent les affaires qu'ils ont à juger ? Lorsque l'interprétation du texte de loi permet de rendre des décisions équitables, elle ne peut être jugée trop sévèrement surtout lorsque cette souplesse est expressément prévue par la loi. Selon nous, l'article 714 C.c.Q. est, en définitive, une disposition pertinente qui permet la survie des volontés du testateur exprimées dans un testament pour lequel des conditions de forme n'ont pas été respectées. Cette atteinte au formalisme testamentaire peut ainsi être contournée lorsqu'une volonté certaine de tester peut être prouvée.

## CONCLUSION

Nous nous sommes interrogée sur la pertinence de l'introduction, en 1994, de l'article 714 au sein du *Code civil du Québec*. Nous nous sommes également demandé si sa mise en œuvre avait automatiquement pour effet de porter atteinte à d'autres dispositions législatives du Code. Neuf années se sont écoulées entre la première version de l'article 714 C.c.Q. du Projet de loi 107<sup>252</sup> en 1982 et son adoption dans le Projet de loi 125<sup>253</sup> en 1991. Si le but visé a ainsi été très longuement et sérieusement étudié, les difficultés entourant son application n'ont en revanche certainement pas été envisagées.

Notre analyse permet de constater le caractère hétérogène des décisions rendues en vertu de l'article 714 C.c.Q. au cours des 17 dernières années. Aussi, avons-nous décidé d'entreprendre cette étude afin de cerner les difficultés liées à l'interprétation et à l'application d'une disposition qui, somme toute, ne prévoit que deux conditions : que l'écrit satisfasse, pour l'essentiel, aux conditions de sa forme et qu'il contienne de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.

L'étude du testament olographe révèle que si certaines atteintes sont généralement considérées comme étant mineures et qu'elles sont contournées assez facilement<sup>254</sup>, la question de l'absence de

252. Précité, note 5.

253. Précité, note 8.

254. *Supra*, section 1.1.1.1.

signature, en revanche, est loin de faire l'unanimité<sup>255</sup>. Le testament devant témoins est pour sa part moins matière à polémique même si la présence d'un seul témoin est encore controversée<sup>256</sup>.

Nous avons vu que, malgré la lettre de l'article 714 C.c.Q. qui exige la recherche de l'*animus testandi* du défunt, certains juges la laissent délibérément de côté tout en reconnaissant son existence. Ce constat s'explique par le choix du juge entre l'analyse objective et l'analyse subjective dans l'appréciation du défaut de forme.

L'analyse objective (*in abstracto*) consiste d'abord et avant tout à déterminer si l'atteinte à une condition de forme est fatale au testament. Nous le savons maintenant, lorsque le juge considère qu'une atteinte porte sur une condition formelle essentielle, le testament n'est pas validé même si le caractère certain et non équivoque de la volonté de tester pourrait par ailleurs être prouvé. Pour cette raison, et parce que l'article 714 C.c.Q. commande cette recherche, nous sommes persuadée que l'approche objective n'est pas adaptée à l'interprétation, donc à l'application de cette disposition.

À l'inverse, l'analyse subjective (*in concreto*)<sup>257</sup> du défaut de forme tient compte du contexte particulier de chaque affaire ainsi que de l'*animus testandi* du défunt. Il s'agit, pour le juge, de déterminer si les faits démontrent qu'il y a lieu de valider un testament affecté d'un défaut de forme, parfois considéré comme majeur, mais non incompatible avec sa validation. Dans l'analyse subjective, le juge n'a pas à se poser la question de savoir si, objectivement, l'atteinte à une condition de forme est fatale ou non ; il faut plutôt procéder à une analyse globale. Nous adhérons entièrement à cette approche subjective.

L'introduction de l'article 714 C.c.Q. en droit québécois était-elle vraiment opportune ? Rien ne nous empêche de nous poser la question. Toutefois, quelle que soit la réponse, cette disposition fait partie de l'ordre juridique civil québécois, et nous croyons qu'il serait bénéfique pour les requérants que les tribunaux adoptent une

---

255. *Supra*, sections 1.1.1.2 et 2.2.1.

256. *Supra*, section 1.1.2.3.

257. Analyse préconisée par le professeur Kasirer (maintenant juge à la Cour d'appel), préc., note 85.

analyse respectueuse du texte de loi. Cette analyse devrait prendre en considération, de façon simultanée, les deux exigences prescrites par l'article 714 C.c.Q. Il ne s'agit pas d'écarter tout formalisme en matière testamentaire, mais de simplement respecter la lettre et l'esprit de l'article 714 C.c.Q. C'est ce qui permettra, lorsque les conditions s'y prêtent, que survivent les dernières volontés du *de cuius*, sans doute victime de son ignorance des formalités requises.