

Les Cahiers de droit



Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du *Code civil*

Jean-Claude Plourde

Volume 2, numéro 2, avril 1956

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004102ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004102ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Plourde, J.-C. (1956). Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du *Code civil*. *Les Cahiers de droit*, 2(2), 120–136.

<https://doi.org/10.7202/1004102ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1956

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

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

Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du Code civil

I. LIBERTÉ DE TESTER SOUS LE DROIT ROMAIN

QUAND on sait les relations qu'il y a entre le droit romain et la coutume de Paris, et que le *Code Napoléon* reproduit en bonne partie cette coutume, puis que le *Code français*, à son tour, a fortement inspiré notre *Code civil*, on se rend compte de la nécessité qu'il y a, pour comprendre ce qu'est la liberté de tester, d'étudier sur ce point l'évolution du droit depuis Rome jusqu'à nos jours.

En droit romain, au début, la succession normale était la succession *ab intestat*. Toute une série de règles en prévoyait la dévolution. La succession testamentaire, parce qu'elle était une dérogation à la règle générale de la succession *ab intestat*, était une concession du pouvoir civil et prenait la forme d'une loi. De plus, elle ne pouvait se concilier avec la succession *ab intestat* et il fallait qu'elle embrasse toute la succession. Si le testament ne disposait pas de toute la succession, elle était tout entière dévolue suivant les règles de la succession. Au contraire, le legs devait se limiter aux trois quarts des biens du codicillant — car si le testament ne contenait que des legs, il n'était qu'un simple codicille, qui ne formait que le complément du testament. Cette réserve d'un quart était l'effet de la loi Falcidia, d'où son nom de *quarte falcidie*. Elle prévoyait que l'héritier aurait le droit de retenir la quarte vis-à-vis les légataires :

« Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est ne plus ei legare liceat quam dodantem. Itaque necesse est, ut heres quartam postem hereditatis habeat. Et hoc nunc jure utimur. »¹

Il y avait aussi la *quarte trébellianique*, à l'effet qu'un héritier avait le droit de retenir une part des biens vis-à-vis les fidéi-commissaires universels. À cela s'ajoute la réserve du sénatus-consulte pélagien.

Mais dans le droit Justinien, qui a eu beaucoup d'influence au moyen âge, la succession testamentaire supplante la succession *ab intestat* et se trouve au premier plan ; la succession *ab intestat* ne s'ouvre qu'a

1. GOINS, 11, 227.

défaut de testament. Il subsiste une restriction introduite par la théorie de la *querela inofficiosi testamenti* : certains héritiers proches, les descendants et les ascendants, doivent recevoir une fraction de leur part normale *ab intestat, portio legitima*. Pour le surplus, le testateur est le maître.

Ce court rappel historique nous montre que la liberté de tester chez les Romains, à différentes époques, a été soumise à des restrictions et à des réserves.

II. LA LIBERTÉ DE TESTER SOUS LA COUTUME DE PARIS ET LE DROIT FRANÇAIS ANCIEN

La coutume de Paris renfermait certaines traditions germaniques.

On sait que les germains ne connaissaient pas le testament. Ils suivaient le système dit des parentèles, qui appelait à la succession du mort d'abord ses descendants, puis son père et tous les descendants issus de lui, ensuite le grand-père et ses descendants, et ainsi de suite ; une nouvelle parentèle était appelée s'il n'y avait plus personne dans la parentèle précédente. C'était la « succession familiale » si l'on peut se permettre l'expression.

La coutume de Paris a fait un effort pour concilier les droits de la famille, pris exclusivement en considération par le droit germain, et les droits de l'individu, fortement affirmés par le droit romain.

En juillet 1560, François II, à l'instigation du sombre et anguleux chancelier de l'Hospital, proclama l'Édit des secondes noces. L'objet de cet édit était de restreindre, en faveur des enfants que des femmes avaient d'un précédent mariage, les libéralités excessives qu'elles seraient tentées de faire à leur second mari. L'édit des secondes noces contient deux parties très distinctes.

La première partie ne s'applique qu'aux biens qui appartenaient à la femme et qu'elle avait acquis que de son premier mari :

« Ordonnons que femmes veuves, ayant enfant ou enfants, ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles noces, ne pourront en quelque façon que ce soit donner de leurs biens meubles, acquêts ou acquits par elles, d'ailleurs que de leur premier mari. Et s'il se trouve division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs enfants : les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à raison de celui des enfants qui aura le moins. »

La deuxième partie touche les biens que la femme devait aux dons et libéralités de son défunt mari :

« Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peuvent et n'en pourront faire part à leur

nouveau mari ; ainsi elles seront tenues de les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens leur seront advenus. »

Par l'article 279, la coutume de Paris, lors de sa réformation, apporta une extension à l'Édit des secondes noces dont le but était d'empêcher la femme qui se remariait de disposer de sa part de la communauté dans le premier mariage, au préjudice des enfants qui étaient issus de ce mariage.

L'article 292 de la coutume énonce le principe général de la liberté de tester et décrète aussi la réserve des quatre quints :

« Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits, peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté au profit de personnes capables, de tous leurs biens, meubles, acquêts et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages et non plus avant, encore que ce fût pour cause pitoyable. »

L'article 282 défend au conjoint de recevoir par testament de son conjoint :

« Hommes et femmes conjoints par mariage, constant icelui, ne le peuvent avantager l'un l'autre par donation entre vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ni autrement, directement ni indirectement en quelque manière que ce soit, sinon par don mutuel, et tel que dessus. »

Sous la coutume de Paris, le concubin ne pouvait léguer que des aliments à sa concubine. Les enfants naturels incestueux ou adultérins ne pouvaient eux aussi recevoir de leur père et mère que des legs d'aliments. Et les enfants naturels simples étaient incapables de dispositions universelles.

C'est dire que, sous la coutume de Paris, on ne pouvait par testament disposer de ses biens sans tenir compte de leur origine ou nature, sans réserve, restriction ou limitation.

III. ÉTENDUE DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE TESTER EN ANGLETERRE LORS DE LA CESSION EN 1760

L'importance de préciser ce point est évidente. Si, par exemple, la liberté de tester avait la même étendue selon le droit anglais que sous la coutume de Paris en 1760, on conçoit que la question de savoir quelles lois devaient s'appliquer à telle époque déterminée ne porterait pas à conséquence. Il n'y aurait plus à chercher quelles lois étaient introduites ici, si l'une et l'autre avaient les mêmes conséquences pratiques.

En Angleterre, la faculté de léguer ses biens a toujours existé, bien qu'aux époques reculées, elle fut limitée par la doctrine des « parts raisonnables ».

En vertu de la *Common Law*, sous Henri II, les biens de l'époux devaient être divisés en trois parties égales : l'une allait à ses héritiers ou aux descendants, une autre à son épouse, et il pouvait disposer de la troisième selon sa volonté. S'il décédait sans épouse, il pouvait alors disposer d'une moitié et l'autre moitié devait aller à ses enfants. S'il décédait sans épouse et sans enfants, il pouvait disposer du tout à volonté, selon son désir. Mais ce droit a évolué, jusqu'à la disparition complète de toutes les restrictions à la liberté de disposer de ses biens par testament. Il faut dire cependant que l'ancien droit est demeuré en vigueur, un certain temps, dans la province d'York, la principauté de Galles et la ville de Londres. Aussi, sous la reine Anne, au xvi^e siècle, pour renforcer la liberté de tester et uniformiser le droit dans le royaume, trois statuts ont été votés². Il y était édicté que les citoyens de ces districts pouvaient disposer de tous leurs biens par testament et que les réclamations de l'épouse, des enfants et des autres parents ne pouvaient plus être reçues.

C'est dire qu'en 1760, l'ancienne *common law* limitant la liberté de tester est complètement disparue en Angleterre. On pouvait disposer de tout son patrimoine librement, comme on pouvait le faire aux temps anciens, de la troisième part « ou de la moitié » (*supra*).

En disposant de son patrimoine, il était néanmoins obligé par les coutumes de certaines places, de se souvenir de son roi et de son église, en leur léguant ses deux meilleurs biens et, après cela, il pouvait disposer du reste comme il lui plaisait, selon sa propre volonté, en toute liberté³.

Effectivement, en 1760, le droit anglais comporte la liberté absolue de tester.

IV. LA LIBERTÉ DE TESTER ENTRE LE 8 SEPTEMBRE 1760

(*capitulation de Montréal*)

ET LE 10 FÉVRIER 1763 (*Traité de Paris*)

Nous avons vu précédemment qu'étant soumis à la coutume de Paris lors de la capitulation, nous n'avions qu'une liberté restreinte de tester. Les restrictions venaient des diverses réserves et des défenses de léguer certains biens à certaines personnes.

2. 4 & 5 Wand M.C., renforcé par 2 & 3 Anne c. 5, 7 & 8 W. 111, c. 38.

3. Ce résumé historique de la législation anglaise sur la liberté de tester est tiré de BLACKSTONE, *Commentaries* II et HALSBURY'S *On Wills*.

Nous savons aussi qu'en 1760, en Angleterre, à la suite d'une évolution très prononcée, on jouissait de la liberté absolue de tester.

Il est facile de saisir toutes les implications d'une telle situation. On comprend dès lors aisément toute l'importance qu'il y a de savoir si la capitulation de Montréal a eu pour effet d'introduire ici les lois civiles anglaises et, partant, le principe de la liberté illimitée de tester, cela, tant par le texte de la capitulation que par le fait de la conquête.

Examiner longuement la valeur et les conséquences juridiques de la capitulation de Montréal dépasserait les limites de cette étude. Mais il faut rechercher à la lumière du texte de la capitulation et des principes de droit international en général et en Angleterre, à l'époque, si le fait de la capitulation comportait un changement du régime de lois chez le vaincu.

Le texte de l'article 42 de la capitulation de Montréal du 8 septembre 1760 se lit comme suit :

« Les Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la Coutume de Paris et les lois et usages établis pour ce pays. »

Et la réponse :

« Ils deviennent sujets du Roi. »

Cette réponse n'est pas un refus de garder la Coutume de Paris. Car être sujet du roi ne signifie pas nécessairement être soumis à toutes les lois du royaume. Et, dès 1774, l'Acte de Québec, en nous permettant de garder les lois civiles françaises, prouvait qu'une colonie pouvait être assujettie à des lois différentes de celles du royaume d'Angleterre et quand même être habitée par des sujets du roi.

Vu le peu de clarté de l'article de la capitulation réglant l'usage des lois qui devaient être appliquées ici, il faut se reporter aux principes de droit international anglais et autre, à l'époque. Une capitulation est une entente provisoire relative aux conditions de l'occupation. Il est certain que le pays qui capitule passe sous la puissance de l'ennemi qui s'en est emparé ; mais tous s'accordent à dire que l'acquisition ne se consomme, que les droits du nouveau maître ne deviennent stables, que par le traité de paix ou encore évidemment par l'entière soumission et l'extinction de l'état auquel ces villes et provinces appartenaient.⁴ Dans l'attente du traité de paix, cette possession est précaire et l'ennemi vainqueur n'en a qu'un titre provisoire. Tel était en général le sens des divers droits internationaux publics en 1760.

4. VATTEL, *Droits des gens*, liv. III, 197.

Le droit international public différait assez sérieusement des autres sur un point. En droit anglais, un pays conquis faisait *ipso facto* partie des domaines du roi.⁵ On allait plus loin : dès l'occupation militaire par les armées anglaises, le pays occupé fait partie du domaine du roi⁶. Les habitants du pays conquis devenaient sujets du roi et étaient universellement regardés comme tels, non pas comme des ennemis ou des aubains⁷. Est-ce à dire que toutes les parties du domaine du roi devaient avoir un droit civil identique au droit civil anglais? Aucun principe de droit ne permet de soutenir cette prétention.

Le principe fondamental de la constitution anglaise est à l'effet que les lois du pays conquis continuent à être en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient changées par le vœu exprès de la nation — du Parlement — quand il s'agit d'une colonie ordinaire, ou par la décision du roi, de l'avis de ses ministres, s'il s'agit d'une colonie de la Couronne.

Le roi n'a pris aucune décision, de la capitulation de Montréal jusqu'au traité de Paris, au sujet des lois à appliquer ici : le roi savait qu'il possédait à titre précaire.

En vertu des usages constitutionnels, le vœu de la nation anglaise s'exprime par la voix des trois pouvoirs : celui du roi assisté de son conseil privé, celui de la Chambre des lords et celui de la Chambre des communes. Ces trois pouvoirs réunis n'ont promulgué aucun texte de loi indiquant quelles lois devaient s'appliquer ici. Le roi n'a pas non plus usé de ses prérogatives pour préciser le système légal de sa nouvelle colonie. Nous restions donc soumis aux lois françaises et la liberté limitée de tester restait la règle chez nous. D'ailleurs, c'est de cette façon qu'on s'est comporté dans la pratique. On sait que, sous le régime militaire, les juges étaient des militaires qui décidaient ou croyaient décider suivant les lois et les usages de la colonie qu'ils ne connaissaient pas.

V. LA LIBERTÉ DE TESTER, DU TRAITÉ DE PARIS (10 février 1763) JUSQU'À L'ACTE DE QUÉBEC (1774)

Cette période est sûrement celle qui a vu le plus grand embrouillamini légal de notre histoire. Vouloir démêler l'écheveau juridique de cette ère d'adaptation, consécutive à la signature du traité de Paris, dépasserait les cadres de ce travail. Nous devons quand même nous demander quel droit s'appliquait à cette période. C'est là le seul moyen de suivre les « aventures » de « la liberté de tester ». La situa-

5. WILDMAN, *Institutes of international law*, 1, 162.

6. Calvin's Case, Code Reports, part 7. Edphinston et Dedreeshund. Knapp, Rep. p. 338. Campbell & Hall, 23 State Trials, p. 322 — 1 Cope Rep. p. 205.

7. Cf. art. 42 de la capitulation de Montréal.

tion se complique, du fait qu'elle a été l'objet d'une loi particulière et qu'elle a, par ailleurs, joui d'un traitement spécial. Nous essaierons d'être court dans ce rappel historique, car, pour importante et intéressante que cette période puisse paraître au point de vue juridique, et de la liberté de tester en particulier, il ne faut pas perdre de vue que 1774 reste la grande date, le point tournant dans l'évolution de cette partie de notre droit.

Le traité de Paris du 10 février 1763 ne renferme rien concernant les lois qui devaient s'appliquer ici, on le sait. Donc, aucune loi de l'ancien régime n'est changée, et telle restera la situation tant que le vainqueur ne l'aura pas modifiée, en tout ou en partie.

Après le 10 février 1763, nous sommes une colonie de la Couronne. Le roi d'Angleterre est chef des armées. Leurs conquêtes, cédées par traité — telle la Nouvelle-France — font aussi partie de son patrimoine personnel. En droit public anglais, toute nouvelle possession britannique, non encore administrée par le Parlement anglais et dont la situation juridique n'est pas réglée, est une colonie de la Couronne, que le roi administre à sa guise par un gouverneur à qui il transmet les instructions. C'est une prérogative royale. « À sa guise » signifie sans le Parlement, mais de l'avis de ses ministres, puisque le roi exerce ses prérogatives d'après leur avis. Le roi a donc le pouvoir de modifier les anciennes lois du pays conquis ou d'en faire de nouvelles — ce pouvoir n'étant subordonné qu'à sa propre autorité comme partie intégrante de la législature suprême qu'est le Parlement ⁸.

Les seules limites de la liberté du roi quant à une colonie de la Couronne résident dans l'obligation de ne pas promulguer de lois contraires aux principes fondamentaux du droit britannique, de ne pas soustraire les habitants aux lois du commerce ou à l'autorité du Parlement, et de ne conférer de privilèges exclusifs à aucun de ses sujets.

Comment prend fin le statut de colonie de la Couronne? Par une décision du Parlement anglais d'assujettir ce territoire aux lois britanniques, le faisant ainsi sortir du patrimoine personnel du roi. Terre-Neuve, abandonnant sa législature est automatiquement devenue colonie de la Couronne. Elle l'est restée jusqu'en 1949 parce que le Parlement anglais ne l'a pas, entre temps, soumis à ses lois.

L'établissement, avec la permission du roi, d'un Parlement électif et investi de l'autorité législative a pour effet aussi de faire cesser le statut de colonie de la Couronne.

On est allé plus loin dans *Campbell vs Hall*, 1774, lors qu'il fut décidé que la promesse d'un Parlement électif, par la Proclamation, avait fait

8. *Campbell vs Hall* 1774, *Documents constitutionnels*, vol. 1.

cesser le statut de colonie de la Couronne à Grenade et rendait ainsi nulles et de nul effet les lettres patentes du 20 juillet 1764, déclarant que, dans l'île de Barbade et dans toutes les îles Sous-le-Vent, un droit de 4½% devait être payé sur l'exportation des marchandises. Le 20 juillet 1764, Grenade n'avait encore que la promesse d'une assemblée, car l'assemblée ne fut convoquée qu'à la fin de 1765.

C'est dire que le simple fait, pour une colonie de la Couronne, de se voir promettre une assemblée élective la fait sortir du patrimoine personnel du roi et la soumet entièrement à l'autorité législative du Parlement aussi longtemps que l'assemblée coloniale n'est pas convoquée.

La proclamation du 10 octobre 1763 s'appliquait non seulement à Grenade, mais encore à la Nouvelle-France.

La promesse d'une Assemblée est claire dans la proclamation :

« . . . donné le pouvoir et l'autorité aux gouverneurs de nos colonies respectives d'ordonner et de convoquer . . . dès que l'état et les conditions le permettront, des assemblées générales. »⁹

La commission de Murray et ses instructions réaffirment cette promesse d'une assemblée. La Nouvelle-France, dès ce jour, cessait d'être une colonie de la Couronne. Mais il ne semble pas — comme on fut tenté de le faire, — qu'il soit possible de démontrer l'illégalité de la proclamation royale qui fut un acte découlant du pouvoir législatif du roi — dont nous avons parlé — subordonné aux restrictions générales — exprimées plus haut :

« La Constitution investit le roi de l'autorité d'octroyer ou de refuser une capitulation. Si celui-ci refuse et fait passer les habitants par le fil de l'épée ou les fait exterminer, toutes les terres lui appartiennent . . . Mais s'il choisit de conserver les habitants sous sa protection et leur octroie leurs propriétés, il a le pouvoir d'imposer les conditions qu'il lui plaira. Personne n'a jamais contesté ces pouvoirs et jusqu'à présent on n'a jamais nié que le roi pouvait changer entièrement ou partiellement les lois ou la forme de gouvernement d'une nation conquise. »¹⁰

La proclamation n'a été que l'exercice du pouvoir législatif du roi. La prérogative royale de la proclamation a été exercée de l'avis des ministres :

« Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de publier Notre présente Proclamation royale pour . . . »¹¹

9. *Documents constitutionnels*, vol. I.

10. *Documents constitutionnels*, vol. I.

11. Documents relatifs à la province de Québec, 1791, dans le *Public Record Office*, Archives canadiennes, Q, 62 A pt. I, p. 114.

Sur les lois à appliquer dans la Nouvelle-France, le texte de la proclamation n'est guère précis :

« que nous avons aussi accordé aux dits gouverneurs le pouvoir de faire . . . de décréter, de sanctionner des lois, des statuts, des ordonnances pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement des dites colonies, de leurs populations et de leurs habitants, *conformément autant que possible aux lois d'Angleterre* et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies. »¹²

« à cette fin Nous avons donné aux gouverneurs de Nos Colonies sous Notre grand sceau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nosdits Conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publique dans Nosdites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, *conformément autant que possible aux lois anglaises.* »¹³

Quelle est la portée de l'expression « conformément autant que possible aux lois d'Angleterre » ? Est-ce qu'elle constitue une introduction des lois anglaises ici ? Bien des opinions ont été émises à l'époque, entre autres, celles de Thurlow, Marriott et Masères.

Plus tard, le juge Lafontaine s'exprimait ainsi sur ce point :

« Il me semble qu'on ne doit et qu'on ne peut voir, dans cette proclamation en autant qu'il s'agit des lois anglaises, qu'une déclaration de l'intention du roi d'en faciliter plus tard l'introduction graduellement, selon les circonstances, par l'entremise d'une législature provinciale, telle que celle dont l'établissement était promis par cette proclamation, promesse qui, évidemment, en faisait le principal objet. »¹⁴

La Commission de Murray répétait l'expression employée dans la proclamation « conformément autant que possible aux lois d'Angleterre » (28 novembre 1763).¹⁵

Les Instructions à Murray du 7 décembre 1763 stipulent :

« . . . vous êtes investi de l'autorité et du pouvoir de constituer et d'établir . . . des cours de judicature et de justice : en conséquence, c'est Notre volonté et bon plaisir que vous vous occupiez aussitôt que possible de la réalisation de ce grand et important projet, et que lors de l'établissement des cours de justice nécessaires vous *teniez compte* de ce qui a été accompli dans cette voie par nos autres colonies d'Amérique surtout par Notre Colonie de la Nouvelle-Écosse. »¹⁶

12. Documents relatifs à la province de Québec, 1791.

13. Documents relatifs à la province de Québec.

14. *Wilcox vs Wilcox* II L.C.J. 7.

15. Copie consignée au registre des commissions dans le bureau du Secrétaire d'État, Canada.

16. *Public Record Offices*, ministère des colonies, Archives canadiennes, M. 230, p. 1.

Il est à peu près certain que la Commission de Murray et ses Instructions sont nulles en tout ce qu'elles contiennent de législatif. La prérogative du roi l'habilité à faire des proclamations de l'avis de ses ministres. Mais la promesse d'une assemblée élective avec pouvoirs législatifs a comme conséquence que le roi se prive lui-même du pouvoir législatif exhaustif. Tous les actes du roi postérieurs à la proclamation, comme jouissant du pouvoir législatif, sont nuls. C'est pourquoi la taxe de 4½% sur les exportations de Grenade a été jugée de nul effet.

C'est en se prévalant de ces documents, Commission et Instruction, dont la nullité est à peu près certaine, que Murray a promulgué son ordonnance du 17 septembre 1765. On y édicte :

« Le juge en chef de Sa Majesté de la cour du Banc du roi présidera cette cour avec pouvoir et autorité d'entendre et de juger toutes les causes civiles et criminelles suivant les lois d'Angleterre et conformément aux ordonnances de cette province. »¹⁷

Le général Murray et son Conseil, introduisirent donc ici les lois civiles et criminelles d'Angleterre, et enjoignirent aux tribunaux qu'ils créeraient de juger suivant ces lois et les ordonnances de cette province.

Est-ce que le texte de cette ordonnance dépassait les instructions en vertu de laquelle elle avait été promulguée? Dans *Stuart vs Bowman*, 26 mars 1851, les juges ont soutenu que la proclamation n'avait pas eu l'effet d'introduire les lois anglaises.¹⁸ Masères tentait de faire prévaloir l'opinion contraire lorsqu'il était à Québec. Mais dans son *Canadian Freeholder*, publié à Londres en 1779, il se rallie pratiquement, à l'opinion que la proclamation n'avait pas eu l'effet d'introduire ici le droit privé anglais. Et plus tôt dans son projet de rapport à Carleton de 1769, il avait reconnu que si les lois anglaises n'avaient pas été introduites antérieurement à l'ordonnance, cette ordonnance n'avait pu par elle-même, avoir l'effet de les introduire. Le juge Lafontaine exprime l'opinion qu'elles n'avaient pas été introduites ici par la proclamation.¹⁹

D'une part, par l'effet automatique de la cession, toute la législation du vainqueur tant publique que privée était introduite ici, dans la mesure où elle était applicable à la colonie. Mais d'autre part, la colonie restait soumise à ses lois locales tant qu'elles n'avaient pas été changées. Et pour changer la loi d'une colonie, il ne suffit pas de promulguer un texte exprimant le souhait de voir graduellement telle législation s'introduire dans telle colonie, mais il faut un texte positif,

17. Ordonnances faites pour la province de Québec, depuis l'établissement du gouvernement civil par le gouverneur et le Conseil, Québec 1767.

18. II L.C.J., App. n° I, Juge Hey.

19. *Wilcox vs Wilcox*, II L.C.J.

clair et précis. Et le texte de la proclamation est timide, hésitant, réticent et ne change pas la loi de la colonie. Par la proclamation, le roi aurait pu changer les lois locales : non seulement il ne l'a pas fait, mais il s'est privé de son pouvoir de le faire en promettant une assemblée élective.

Il est à peu près certain que l'ordonnance de Murray est nulle et de nul effet, du moins quant à la partie qui introduit ici le droit privé anglais. Personne n'a plaidé telle nullité qui aurait pu être demandée pour plusieurs raisons :

1° L'ordonnance est basée sur un texte émanant de l'autorité — la proclamation — mais ce texte avait pour effet de remettre le pouvoir législatif au Parlement de Grande-Bretagne aussi longtemps que la promesse d'assemblée élective n'aura pas été exécutée dans la colonie et, par le fait même, ne pouvait investir le gouverneur d'un pouvoir législatif ;

2° L'introduction des lois civiles anglaises n'a pas été la conséquence d'une promulgation positive de la part de ceux qui auraient été investis du pouvoir de ce faire ;

3° L'ordonnance du 17 septembre 1704 dépassait largement le texte de la proclamation sur laquelle elle s'appuyait ;

4° L'ordonnance de Murray n'a pas été confirmée par le roi.

L'ordonnance du 17 septembre 1764, n'ayant jamais été déclarée nulle par un tribunal, a valu comme texte « *légal de facto* ». Une loi ou ordonnance *ultra vires*, nulle et de nul effet a des effets *de facto* aussi longtemps que ceux qui y sont assujettis ou qui ont à s'en plaindre ne l'ont pas fait déclarer nulle par l'autorité compétente.

D'ailleurs, à l'ombre de la rude réalité juridique de l'ordonnance a existé un état de fait, un moyen terme, un *modus vivendi* où les tribunaux — comme l'attestent les registres de l'époque — appliquaient le plus souvent en matière personnelle et presque toujours en matière réelle, les lois françaises comme règles de leurs décisions.²⁰

C'est également la constatation de l'historien Christie.²¹

Dès le 6 novembre 1764, Murray édicte une autre ordonnance dans laquelle il déclare :

« que les droits successoraux en matière de biens-fonds et de biens de toutes sortes, en usage avant la date susdite suivant la coutume de la colonie, resteront les mêmes à tous égards, à moins qu'ils ne soient modifiés par la proclamation d'une loi formelle. »²²

20. Wilcox vs Wilcox, IV L.C.J.

21. *History of the late Province of Lower Canada*, Québec, 1848 ; vol. 1, p. 2.

22. Ordonnance rendue pour la province de Québec par le gouverneur et le Conseil, etc., Québec, 1767, p. 18.

Il serait intéressant de nous demander à quelles lois successorales et testamentaires, la colonie a été soumise entre ces deux ordonnances, celle du 17 septembre et celle du 6 novembre 1764. Quelle est la loi qui s'est appliquée durant ces quelques jours? Masères exprime l'opinion que nous avons été soumis à la loi anglaise concernant les successions.²³

Il ne semble pas douteux, néanmoins, qu'à partir du 6 novembre 1764, la loi française en matière successorale s'appliquait ici.

VI. LA LIBERTÉ DE TESTER SELON L'ACTE DE QUÉBEC ET LA LÉGISLATION SUBSÉQUENTE

Théoriquement et en fait — nous l'avons vu — la liberté de tester est restée soumise aux stipulations de la Coutume de Paris, jusqu'en 1774, sauf pour une courte période en 1764.

L'année 1774 marque un point important dans l'histoire constitutionnelle de la colonie, et apporte aussi un principe nouveau quant à la liberté de tester. L'Acte de Québec fut le premier acte du Parlement anglais pour pourvoir au gouvernement de la province. L'article VIII, pour un, décrète que les lois françaises seront suivies en matière de propriété et de droits civils :

« And that in all matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights, Resort shall be had to the laws of Canada, as the Rule for the Decision of the same ;²⁴

Puis l'article X déclare :

« Provided also, that it shall and may be lawful to and for every person that is owner of any lands, goods or credits in the said Province and that has a right to alienate the said lands, goods or credits in his or her lifetime, by deed of sale, gift, or otherwise, to devise or bequeath the same at his or her death, by his or her last will and testament ; any law, usage, or custom heretofore or now prevailing in the Province, to the contrary hereof in anywise notwithstanding ; such will being executed either according to the Laws of Canada, or according to the forms prescribed by the Laws of England. »²⁵

C'était là une formulation très précise — on le voit aujourd'hui — de la levée et de l'abolition des vieilles entraves limitant la liberté de tester, pour les remplacer par la liberté pleine et entière, que le droit anglais donnait depuis plusieurs siècles déjà au testateur, de disposer

23. *Rapport de Masères à Sa Majesté*. Archives canadiennes, QQ, 56-2.

24. 14 Geo. III, C. 83.

25. 14 Geo. III, C. 83.

comme il l'entendait des biens qu'il laissait à son décès. Par l'article X de l'Acte de Québec, le Parlement anglais étendait cette liberté à la nouvelle colonie.

En dépit d'un texte qui semble clair de nos jours, on discuta sur la portée de cet article X de l'Acte de Québec. On se demandait si les incapacités de recevoir dont étaient frappées antécédemment certaines personnes subsistaient. Les réserves que la coutume de Paris avait établies en faveur des héritiers du sang étaient-elles abolies? L'article X accordait-il plus de liberté de tester que de disposer par acte entre vifs? Telles sont les discussions — résumées sous la plume du juge Lafontaine, — qui s'engagèrent concernant la portée de la disposition de 14 Geo. III, c. 83, s. 10.²⁶ Et ce sont ces discussions et ces doutes qui donnèrent lieu au texte suivant de l'acte de 1801 :

« Il est et sera loisible à toutes personnes ou personnes saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, de léguer et disposer, par testament ou actes de dernière volonté, soit entre conjoints par mariage en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou plusieurs de leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui que ce soit, de tous et chacun leurs biens, meubles ou immeubles, quelle que soit la tenure des dits meubles, et soit qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction et limitations, nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraire. »²⁷

Nous assistons à la réaffirmation de la modification de l'ancien droit. La faculté de faire des legs à son conjoint était définitivement accordée à un conjoint, de même que celle de faire des legs autres que d'aliments aux concubins et aux enfants adultérins et incestueux, et des dispositions universelles en faveur des enfants naturels simples.

Cette législation nouvelle permettait de deshériter son conjoint et ses enfants. Le cas s'est présenté en 1873. Un homme politique très en vue, mort cette année-là, par haine de la famille de son épouse, avait évité de songer à celle-ci et à ses enfants dans son testament, et avait légué toute sa fortune à une « amie ». Ses adversaires politiques n'avaient rien trouvé de plus urgent que de publier le testament *in extenso* dans un journal de Montréal au grand scandale des bonnes gens et à la grande colère des amis politiques du défunt.

La coutume de Paris avait établi les droits de légitime, non pas seulement dans le cas où le défunt avait fait un testament, mais encore dans celui de dispositions entre vifs qui, par leurs excès, diminuait ou anéantissait la part à laquelle on avait un droit légal. On a prétendu que les statuts de 1774 et 1801 n'ayant trait qu'aux donations testamentaires, les donations entre vifs continuaient d'être assujetties à la

26. II L.C.J., p. 149.

27. 41 Geo. III, c. 4, s. 1; aussi S.R.B.C., ch. 34, s. 2.

détraction de la légitime. Il est vrai que ces lois ont eu pour principal objet la liberté de tester et qu'ils ne parlent pas en termes exprès de celle de disposer par acte entre vifs. Le problème est réel si l'on se souvient que la détraction de la légitime des donations entre vifs existait déjà sous l'article 272 de la coutume de Paris. Quand même, il semble que les législateurs de 1774 et 1801 ont voulu en faisant disparaître les restrictions à la liberté de tester, mettre les deux facultés sur le même pied et leur faire produire les mêmes effets.

Le statut de 1801 aurait été un non-sens et aurait été nullifié si l'un des enfants avait pu réclamer une distraction à l'aide de quelque texte de la coutume de Paris. Si le droit de distraction avait eu l'effet de diminuer la liberté de tester, le testateur n'aurait pas eu effectivement le droit de disposer de tous ses biens, sans réserve, restriction ou limitation. Le statut de 1801 lui en donne la faculté. D'où il suit que ce statut a abrogé toutes les lois antérieures contraires à l'exercice et au principe de cette faculté. Ne sera plus recevable dans sa demande celui qui réclamera la distraction de la légitime sur une donation entre vifs invoquant le silence du statut de 1801 sur ce point, pour conclure là à l'application de l'article 272 de la coutume de Paris, au-dessus et par-delà les textes de 1774 et 1801. Ce point qui paraît très clair aujourd'hui n'avait pas frappé les juristes du temps. La jurisprudence elle-même n'a été fixée qu'en 1858 (1^{er} mars). En 1821, dans une cause du district des Trois-Rivières, la légitime fut accordée. Mais il faut souligner que la défense n'avait pas soulevé la question de son abolition.²⁸

Le 16 avril 1849, les juges Day, Smith émirent l'opinion qu'on ne peut faire une demande en légitime à l'encontre d'une donation entre vifs sans tenir compte des charges auxquelles les biens donnés sont assujettis. En l'espèce, le droit de légitime a été reconnu. On a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'accorder la légitime, parce que la donation devait être regardée comme onéreuse et n'avait de donation que le nom. D'où l'on peut inférer que la décision n'aurait pas été la même si la donation avait été à titre gratuit, c'est-à-dire une donation réelle. C'est dire qu'en 1849 encore, on tenait que la distraction de la légitime existait à l'encontre d'une donation entre vifs.²⁹

Même en 1857, les avocats Côme-Séraphin Cherrier, Jean-Baptiste-Eric Dorion et Antoine-Aimé Dorion — des maîtres du barreau, — ont tenté de faire admettre par la cour que l'existence d'un testament n'excluait pas toute demande en légitime. Cette prétention fut repoussée par les juges Day, Mondelet et Chabot.³⁰

28. Cette cause est citée dans Quintin *et al. vs* Girard *et ux.*, I L.C.J. 163.

29. I L.C.J. 267, Lefèvre *et ux. vs* Voyer.

30. I L.C.J. 163.

Dans *Quintin et al. vs Girard et ux.*, la Cour d'appel, confirmant le jugement de première instance, a décidé que suivant l'esprit de la législation de 1774 et 1801, sur la liberté illimitée de tester, la demande en légitime n'existait plus au Canada. C'est sous la docte plume du juge Hyppolite Lafontaine que la portée de la loi est la mieux résumée :

« Il paraît que l'on a prétendu qu'elle (la législation de 1774) n'allait pas assez loin pour abolir toutes les réserves que la Coutume de Paris avait consacrées en faveur des héritiers du sang. On a pensé, et c'est ce que nous a dit l'avocat des Appelants, que l'Acte de 1774 n'avait d'autre effet que de donner à la faculté de disposer par testament la même étendue qu'avait celle de disposer par Actes entre vifs ; c'est-à-dire qu'à l'avenir un testateur pourrait léguer « tous ses meubles et héritages propres, acquêts et conquêts à personne capable ». Supposons donc que ce soit là le seul effet qu'ait dû produire le Statut impérial, c'est du moins reconnaître de la manière la plus formelle qu'il a aboli la réserve coutumière des quatre quints des propres dont l'article 292 de la Coutume ne permettait pas de disposer par testament. Ainsi, si, dans l'Acte déclaratoire de 1801, l'on retrouve le mot réserve, il devra nécessairement s'entendre d'une autre réserve que celle des quatre quints. »³¹

Depuis le 1^{er} mars 1858, il ne semble pas que l'abolition de toute réserve quant aux donations testamentaires et entre vifs ait fait l'objet d'un litige. Aujourd'hui, le principe de la liberté illimitée de tester n'est plus contesté.

L'admission de la liberté absolue de tester a apporté des modifications profondes dans notre droit. Nous avons vu les flottements de la jurisprudence de 1801 à 1858. Depuis ce jour, il n'y a plus de discussion. Les conséquences sont lourdes : on assimile le légataire universel ou à titre universel à l'héritier sous presque tous les rapports ; le légataire bénéficie de la saisine tout autant que l'héritier et le légataire et l'héritier sont sur le même pied quant aux obligations envers les tiers. On distingue encore entre l'héritier et le légataire dans le cas de la représentation pour l'héritier puisqu'il s'agit là d'une présomption d'intention chez le *de cuius*.

VII. STATUT JURIDIQUE SPÉCIAL DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ILLIMITÉE DE TESTER ENTRE 1867-1931

En 1763, le droit anglais non-écrit était à l'effet que les Parlements coloniaux ne pouvaient pas adopter de lois contraires à des lois du Parlement impérial applicables aux colonies.

L'article VIII de l'Acte de 1774, statut anglais, décrète que les lois françaises seront suivies en matière de propriété et de droits civils. Un

31. II L.C.J. 149 et 150.

parlement de la colonie pouvait désormais amender toutes les lois en matière de propriété et de droits civils, quelle que fut la portée de ces lois nouvelles par rapport aux lois anglaises. Par l'article X est introduit le principe de la liberté absolue de tester. C'est dire que cette faculté qui est manifestement matière de droit civil est partie d'un Acte impérial applicable à une colonie. À ce titre, elle est soumise à la défense de passer une loi contraire ou incompatible avec un acte du Parlement de Grande-Bretagne applicable à une colonie. C'est une des rares matières de droit civil sur lesquelles les Parlements de 1791, 1840 et celui de la province de Québec en 1867 ne pouvaient légiférer selon leur volonté. Car, en 1867, le paragraphe 13 de l'article 92 de l'A.A.N.B. a réaffirmé indirectement l'article VIII de l'Acte de Québec :

« in each Province, the Legislature may exclusively make laws in relation to matters coming within the classes of subjects next hereinafter enumerated ; that is so said,

« 13, Property and Civil Rights in the Province. »

En 1867, la Province a obtenu le droit de légiférer en matière civile, mais pas pour autant celui d'abolir la liberté absolue de tester, pourtant partie du droit civil, même elle avait moins que jamais ce droit en raison de l'adoption en 1865 du *Colonial Laws Validity Act* :

« 2. Any colonial law, which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of Any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order or regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force or effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to extend of such repugnant but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative. »³²

Le *Colonial Laws Validity Act* a reçu une application en Canada en 1926 :

« In their Lordships' opinions 1025 of the Canadian Criminal Code, if and so far as it is intended to prevent the Sovereign in Council from giving effective leave to appeal against an order of a Canadian Court, is repugnant to the Acts of 1833 and 1844 which have been cited, and is therefore void and inoperative by virtue of the Act of 1865. »³³

L'effet du statut de 1865 est de rendre inopérante la loi qui lui est contraire, même si elle a reçu l'assentiment royal :

« It is true that the Code has received the royal assent, but that assent cannot give validity to an enactment which is void by Imperial statute. »³⁴

32. 28 & 29 Vict., c. 63, art. 2.

33. *Nadan vs the King* 1926, A.C. 492-3. Mr. Justice Viscount Cave.

34. *Idem*.

Pour toutes ces raisons la Province n'a obtenu le droit d'abolir le principe de la liberté illimitée de tester qu'en 1931 par l'article 2, paragraphe 1 du statut de Westminster :

« The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion. »³⁵

Si on nous demandait en quoi le statut de Westminster a affecté le principe de la liberté absolue de tester, il faudrait répondre :

« Le principe de la liberté absolue de tester est devenu partie de la loi anglaise de 1774, l'Acte de Québec 1865, le *Colonial Laws Validity Act* a défendu à un Parlement colonial de passer une loi contraire à une loi impériale applicable à une colonie. En 1931, le statut de Westminster abolissait l'application du *Colonial Laws Validity Act* dans les Dominions. C'est dire qu'en 1931, par le statut de Westminster, la province de Québec a acquis le droit d'abolir le principe de la liberté illimitée de tester. »

Jean-Claude PLOURDE,
Droit III.

35. 22 Geo. V, c. 4, art. 2.