

La capacité de tester : tenants et aboutissants

Christine Morin

Volume 41, Number 1, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026945ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026945ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morin, C. (2011). La capacité de tester : tenants et aboutissants. *Revue générale de droit*, 41(1), 143–178. <https://doi.org/10.7202/1026945ar>

Article abstract

Under Quebec law the concept underlying a person's "capacity required to make a will" is fundamental since it sets the stage for the freedom of willing. While the concept itself is not new, its presentation in the Civil Code has changed and its jurisprudential interpretation has evolved. As such, the author presents the results of an in-depth analysis of doctrinal issues (i.e. academic writings, laws, norms, and others) and substantive jurisprudence (i.e. case law, precedents, etc.) of the "capacity to make a will". This in turn illustrates the complications that arise when attempting to frame the "typical profile" of a person capable or incapable of giving consent. Faced with this difficulty, the nature of testamentary provisions and the circumstances surrounding the drafting of a testament make possible for the court to have a better understanding of the testator's capacity to consent. Indeed, if the questioning of the testator's free will is not to serve as a pretext for assessing his or her expressed a "wishes", the taking into account of various extraneous factors then allows the court to examine whether or not the content of the testament logically reflects the testator's beliefs, values and other personal characteristics. Decisions thus handed down enjoy the advantage of being more acceptable in so far as they remain coherent with what characterizes and distinguishes the testator. The author concludes with proposals of straightforward tips to assist the court by facilitating the proving of a testator's aptitude to consent.

La capacité de tester : tenants et aboutissants

CHRISTINE MORIN

Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval
et membre permanent du CRDPCQ

RÉSUMÉ

Le concept de la « capacité de tester » est fondamental en droit québécois puisqu'il conditionne la liberté de tester. Si le concept n'est pas nouveau, sa présentation dans le Code civil a changé et son interprétation jurisprudentielle a évolué. L'auteure présente les résultats d'une analyse doctrinale et jurisprudentielle approfondie de la « capacité de tester », qui met en évidence la difficulté d'établir un « profil type » de la personne capable ou incapable de consentir. Devant pareille difficulté, la nature des dispositions testamentaires et les circonstances qui entourent la confection du testament permettent aux tribunaux de faire une meilleure appréciation de la capacité à consentir du testateur. En effet, si la remise en cause de « la volonté » du testateur ne

ABSTRACT

Under Quebec law the concept underlying a person's "capacity required to make a will" is fundamental since it sets the stage for the freedom of willing. While the concept itself is not new, its presentation in the Civil Code has changed and its jurisprudential interpretation has evolved. As such, the author presents the results of an in-depth analysis of doctrinal issues (i.e. academic writings, laws, norms, and others) and substantive jurisprudence (i.e. case law, precedents, etc.) of the "capacity to make a will". This in turn illustrates the complications that arise when attempting to frame the "typical profile" of a person capable or incapable of giving consent. Faced with this difficulty, the nature of testamentary provisions and the circumstances surrounding the drafting of a

doit pas être un prétexte à l'appréciation de « ses volontés », la prise en compte de certains éléments extrinsèques permet aux tribunaux de vérifier si le contenu du testament est « logique », eu égard aux croyances, aux valeurs et aux autres caractéristiques personnelles du testateur. Les décisions rendues ont ainsi l'avantage d'être plus acceptables, dans la mesure où elles sont cohérentes avec ce qui distingue ou ce qui caractérise le testateur. L'auteure conclut en proposant des moyens simples pour faciliter la preuve devant les tribunaux de l'aptitude à consentir du testateur.

Mots-clés : *Capacité, aptitude, consentement, volonté, représentations sociales, testament, évaluation médicale, transmission de la succession.*

testament make possible for the court to have a better understanding of the testator's capacity to consent. Indeed, if the questioning of the testator's free will is not to serve as a pretext for assessing his or her expressed "wishes", the taking into account of various extraneous factors then allows the court to examine whether or not the content of the testament logically reflects the testator's beliefs, values and other personal characteristics. Decisions thus handed down enjoy the advantage of being more acceptable in so far as they remain coherent with what characterizes and distinguishes the testator. The author concludes with proposals of straightforward tips to assist the court by facilitating the proving of a testator's aptitude to consent.

Key-words : *Capacity, ability, consent, intention, social representations, last will and testament, medical examination, transmission of successions.*

SOMMAIRE

Introduction	145
1. La capacité de tester	147
1.1 La capacité juridique	147
1.2 La capacité à consentir	155
2. L'appréciation de la volonté de tester	159
2.1 Les caractéristiques personnelles et l'état de santé du testateur	159
2.2 La nature des dispositions	166
2.3 Les circonstances qui entourent la confection	171
Conclusion	174

INTRODUCTION

1. À l'heure où les données démographiques laissent présager un vieillissement accéléré de la population, la société québécoise se dirige vers une période riche en transferts patrimoniaux à la suite de décès. Comme la loi québécoise permet la succession testamentaire — et que ce n'est qu'en l'absence de dispositions testamentaires ou lorsque ces dispositions sont inefficaces que les biens du défunt sont transmis aux membres de sa famille suivant les prescriptions de la loi¹ —, cette période est aussi susceptible de se caractériser par une augmentation des cas de contestation de testaments.

2. Différents indices, qui caractérisent la plupart des sociétés occidentales, appuient cette hypothèse d'accroissement des litiges à la suite de décès : les individus qui composent la population vieillissante possèdent une portion importante de la richesse; ces individus laissent souvent des proches dont les intérêts s'opposent (on peut penser au conjoint survivant, aux anciens conjoints et aux enfants nés de différentes unions); enfin, au crépuscule de leur vie, ces individus sont

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 703 [ci-après désigné « C.c.Q. »].

sujets à une diminution de leurs capacités physiques et intellectuelles, qu'elle soit due à leur âge ou à la maladie.

3. S'il est impératif qu'une personne manifeste ses volontés pour que les règles de la dévolution légale soient écartées, encore faut-il que cette personne ait la « capacité » de le faire. On comprend alors que certains proches du défunt qui ne sont pas avantagés par le testament soient tentés de le contester en invoquant, notamment, l'incapacité du testateur. En effet, si le testateur n'était pas « capable » de tester, ce ne sont pas véritablement ses volontés qui se retrouvent dans le testament.

4. L'incapacité du testateur est un motif fréquemment allégué pour attaquer un testament valide sur le plan de la forme. Comme le testateur n'est plus présent pour témoigner de sa capacité ni pour expliquer ses volontés au moment où le testament est contesté, il devient impératif de déterminer, d'une part, ce qu'on entend par la « capacité de tester » et, d'autre part, comment évaluer cette capacité.

5. La question de la « capacité de tester » n'est certainement pas nouvelle, mais le changement apporté dans le texte du *Code civil du Québec*, par rapport à celui du *Code civil du Bas Canada* [ci-après désigné « C.c.B.C. »], justifie que nous revenions sur les tenants et aboutissants de ce concept cardinal en droit successoral. L'article 831 du *Code civil du Bas Canada* disposait que « tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament », alors que l'article 703 du *Code civil du Québec* prévoit que « toute personne ayant la capacité requise peut, par testament, régler autrement que ne le fait la loi la dévolution, à sa mort, de tout ou partie de ses biens » (nous soulignons). Les deux dispositions sont-elles équivalentes? La « capacité de tester » est-elle un synonyme de la « capacité juridique » du testateur? Il s'agit d'une première interrogation importante lorsqu'il est question de la capacité du testateur, mais elle n'est pas la seule.

6. Une fois la notion de « capacité de tester » circonscrite, il importe de savoir, concrètement, quels sont les éléments qui permettent au tribunal de déterminer si le *de cujus* avait bel et bien la « capacité de tester ». Pour répondre à cette seconde interrogation, nous avons analysé plus d'une centaine

de décisions rendues par les tribunaux québécois, où la capacité à consentir du testateur était en cause. Si cette étude révèle qu'on ne peut inventorier les caractéristiques personnelles de la personne « capable » ou « incapable » de consentir en matière de testament, elle montre cependant que certains éléments extrinsèques influencent l'appréciation de la volonté de tester qui est faite par les juges. On peut dès lors se poser la question : la remise en cause de « la volonté » du testateur est-elle un prétexte à l'appréciation « des volontés » du testateur?

1. LA CAPACITÉ DE TESTER

7. Que ce soit dans la jurisprudence ou dans la doctrine en droit des successions et des libéralités, il est abondamment question de la « capacité de tester ». Que doit-on entendre par cette expression? S'agit-il de la « capacité requise » à laquelle réfère l'article 703 C.c.Q.? De « la capacité requise pour tester » dont il est question aux articles 707 à 711 C.c.Q.? Et qu'en est-il de l'aptitude², de la capacité des personnes³ et de la santé d'esprit⁴? S'agit-il de synonymes?

8. Si, dans un premier temps, il est logique de référer à la « capacité juridique » ou « légale » du testateur lorsqu'il est question de sa « capacité » de faire un testament, l'étude de la jurisprudence révèle que l'expression « capacité de tester » est largement utilisée pour référer à la capacité plus « factuelle » du testateur ou, pour employer le langage juridique, à sa capacité à consentir, à sa volonté de tester.

1.1 LA CAPACITÉ JURIDIQUE

9. L'article 703 C.c.Q. dispose que toute personne qui a la « capacité requise » peut tester. Plus loin dans le même titre, le chapitre II traite « De la capacité requise pour tester »⁵. À leur lecture, on comprend que ces articles réfèrent à la « capacité juridique » du testateur. En effet, il y est question du testateur mineur et du testateur majeur soumis à un régime de

2. Art. 4 C.c.Q.

3. Art. 153-297 C.c.Q.

4. Art. 831 C.c.B.C.

5. Art. 707-711 C.c.Q.

protection et de leur « aptitude » à faire un testament, aptitude qui constitue la règle en droit civil⁶.

10. Rappelons que c'est en 1989 que le législateur québécois a introduit les expressions *aptitude* et *apte*, sans pour autant exclure toutes les références à la *capacité*, expression qui était utilisée dans le *Code civil du Bas Canada*. Malgré l'utilisation de termes différents — tantôt aptitude, tantôt capacité —, il ne semble y avoir aucune distinction quant au sens à attribuer à l'une et l'autre expression⁷. Qu'il suffise, pour s'en convaincre, d'observer que l'article 4 du Code civil qui dispose que « toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils », renvoie aux régimes de représentation ou d'assistance qui sont prévus au titre « De la capacité des personnes »⁸. Les articles 707 à 711 C.c.Q. ne sont donc qu'une application spécifique, en matière de testament, des règles générales relatives à la « capacité » ou à l'« aptitude » des personnes, au sens juridique du terme⁹.

11. Le premier article du chapitre « De la capacité requise pour tester » dispose que la capacité du testateur se considère au temps de son testament¹⁰, ce qui signifie que le testateur doit être apte au moment où il rédige le testament¹¹. Peu importe qu'il devienne inapte par la suite, le testament demeurera valide dans la mesure où le testateur était apte au moment où il l'a confectionné. Aussi, le fait que le testateur devienne apte après avoir rédigé son testament — alors qu'il

6. Art. 1, 4, 153, al. 2 et 154 C.c.Q.

7. Il s'agit de l'opinion des professeurs Deleury et Goubau. Édith DELEURY, Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 418.

8. Art. 153-297 C.c.Q.

9. Certains auteurs définissent la capacité comme une « aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue en principe à tout individu », alors qu'ils définissent l'aptitude comme une « qualité correspondant, chez la personne à laquelle elle est reconnue, à une potentialité de droit; parfois synonyme de capacité juridique ». Voir Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Henri Capitant, Paris, PUF, 2007, p. 68 et 131.

10. Art. 707 C.c.Q.

11. Bien entendu, si la confection du testament s'échelonne sur une période de temps, le testateur doit demeurer apte jusqu'au moment de la clôture de l'acte, c'est-à-dire lors de sa signature. La signature vient confirmer la réelle intention de tester, par opposition à un simple projet. Sur le rôle de la signature du testament, voir notamment Gariépy (*Succession de*) c. Beauchemin, [2006] n° AZ-50354004 (C.A.), J.E. 2006-375 (C.A.).

était inapte au moment de sa confection — ne changera rien à sa nullité.

12. Si le mineur et le majeur protégé peuvent normalement exercer leurs droits civils à la condition d'être assistés ou représentés, tel n'est pas le cas en matière de testament. Le testament étant un acte juridique unilatéral et révocable qui contient les dernières volontés du défunt, le législateur a exclu qu'il puisse être rédigé par un représentant ou avec l'assistance d'un tiers¹². Il importe donc de connaître la capacité juridique du mineur et du majeur protégé lorsqu'il est question de la rédaction d'un testament.

13. En ce qui a trait au mineur¹³, l'article 708 C.c.Q. dispose que celui-ci « ne peut tester d'aucune partie de ses biens si ce n'est de biens de peu de valeur », et ce, quel que soit son âge. À l'exception du mineur pleinement émancipé — rendu capable d'exercer ses droits comme s'il était majeur¹⁴ — le mineur ne peut donc passer outre les règles de dévolution légale pour transmettre ses biens, à moins de le faire grâce à des donations à cause de mort¹⁵ ou par des legs de biens de peu de valeur.

14. De cette disposition qui concerne le mineur, on comprend, d'une part, que le mineur ne peut prévoir que des legs à titre particulier, puisque la loi prévoit que le mineur ne peut tester « d'aucune partie de ses biens ». D'autre part, comme la loi dispose que les biens légués doivent être de « peu de valeur », cette précision implique que les biens du mineur qui ne répondent pas à ce critère sont nécessairement dévolus selon les règles de la dévolution légale, qu'ils sont destinés aux membres de sa famille¹⁶. Pour savoir quels sont les biens que le mineur peut léguer, il faut cependant déterminer si la valeur de ces biens doit être appréciée selon un critère objectif ou subjectif.

15. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice précise que le mineur peut tester des biens qui servent à satisfaire

12. Art. 711 C.c.Q.

13. Art. 153 C.c.Q.

14. Art. 176 C.c.Q.

15. Rappelons que le mineur autorisé à se marier peut consentir des donations à cause de mort dans son contrat de mariage, pourvu qu'il soit autorisé à cet effet par le tribunal. Art. 434 C.c.Q.

16. Art. 666-683 C.c.Q.

ses besoins « ordinaires et usuels », expression qui est utilisée ailleurs dans le Code pour qualifier les contrats que le mineur peut conclure seul et les sommes qu'il peut gérer lorsqu'elles proviennent du produit de son travail ou de ses allocations¹⁷. Dans la mesure où un bien légué par le mineur servait effectivement à satisfaire ses besoins ordinaires et usuels, le legs serait donc valide¹⁸. Cette précision ne résout toutefois pas entièrement la question des biens que le mineur peut léguer, puisque les besoins qu'une personne qualifie d'« ordinaires et usuels » et les biens qu'elle considère de « peu de valeur » sont susceptibles de varier selon la situation de cette personne et la valeur de son patrimoine.

16. La question de la signification exacte de ces expressions se pose, par exemple, dans le cas du legs à titre particulier d'une voiture ou d'une somme d'argent. À notre avis, le caractère modique du legs devrait alors être apprécié selon un critère subjectif, c'est-à-dire en fonction de la valeur du patrimoine laissé par le mineur¹⁹. Si l'objectif de protection du mineur que sous-tend l'interdiction de legs de valeur importante est légitime, on constate néanmoins que le législateur confère des pouvoirs significatifs au mineur de son vivant. C'est le cas, notamment, pour tout ce qui a trait à son emploi ou à l'exercice de sa profession, où le mineur est réputé majeur²⁰. C'est aussi le cas en matière de consentements aux soins²¹. Le Code civil reconnaît donc que le

17. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. 1 et 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, Commentaire du ministre de la Justice sur l'article 708 C.c.Q. Mentionnons que l'expression « ordinaires et usuels » est aussi utilisée aux articles 157 et 220 C.c.Q.

18. Sur l'interprétation de « ordinaires et usuels », voir *Laforest c. Copies et ordinateurs Marie inc.*, 2009 QCCQ 2221; *Bédard c. Roussin Parfumerie inc.*, [2006] R.L. 56 (C.Q.).

19. C'est aussi l'opinion du professeur Beaulne. Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, 4^e éd., d'après l'œuvre originale de Germain Brière, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 402. Lors de l'étude de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, projet de loi n° 20 (1984), 5^e sess., 32^e légis. (Qc), où il était question de « biens de valeur modique », il a été mentionné que la modicité devait être appréciée en rapport avec les facultés du mineur. Sur l'étude de ce projet, voir Germain BRIÈRE, *Les successions*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, par. 368.

20. Art. 156 C.c.Q.

21. Art. 14, 17 et 19 C.c.Q.

mineur peut exercer certains droits sans représentation, selon les circonstances²².

17. Le critère subjectif semble d'ailleurs être celui qui avait été considéré lors des travaux parlementaires²³ et qui est généralement retenu dans la jurisprudence. En effet, bien que les tribunaux ne se soient pas prononcés précisément quant à la capacité juridique du mineur en matière de testament, ils ont eu à rendre des décisions où il était aussi question de l'expression « biens de peu de valeur »²⁴. Dans la plupart des cas, les tribunaux ont conclu que la modicité est un concept relatif et variable, qui doit être évalué en fonction de la valeur du patrimoine²⁵. Le mineur laissant un patrimoine successoral considérable devrait ainsi pouvoir faire des legs à titre particulier de « biens de peu de valeur », eu égard à la valeur totale de son patrimoine. Qui plus est, dans la mesure où un bien serait légué à titre particulier, que ce bien serait de peu de valeur par rapport à la valeur totale du patrimoine successoral et qu'il aurait été acquis grâce aux revenus provenant de l'emploi du mineur, on comprendrait difficilement qu'un tel legs soit déclaré nul²⁶.

18. Pour ce qui est du testateur majeur soumis à un régime de protection, la loi adapte sa capacité juridique de rédiger un testament selon son régime de protection. Ainsi, le majeur pourvu d'un conseiller peut tester sans être assisté²⁷, puisqu'il est « généralement ou habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens »²⁸. À l'opposé, le majeur

22. Qui plus est, et tel que le mentionne le professeur Beaulne, le mineur étant décédé, il ne subit personnellement aucun préjudice qui résulte de l'appauvrissement de son patrimoine. J. BEAULNE, préc., note 19, par. 402.

23. *Id.*; G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 368.

24. Art. 1315 et 1813 C.c.Q.

25. Robillard-Charette (*Dans l'affaire de la curatelle de*) et Charette, [1983] C.A. 4. Par exemple, dans le cas d'une donation entre vifs consentie par le tuteur d'un majeur protégé, le tribunal a souligné que le capital du majeur ne devait pas être entamé par une telle donation. Sasseville et J.-M.G., [2005] R.D.F. 882 (C.S.). *Contra* : L. (M.) c. K. (I.), [1997] R.D.F. 75 (C.S.).

26. Évidemment, le mineur doit aussi être en mesure de donner un consentement. Voir *infra*, 1.2 La capacité à consentir.

27. Art. 710 C.c.Q.

28. Art. 291 C.c.Q. À la condition qu'il soit également apte à consentir. Voir *infra*, 1.2 La capacité à consentir.

en curatelle — inapte de manière « totale et permanente »²⁹ — ne peut tester³⁰.

19. La situation se complique pour le majeur en tutelle dont l'inaptitude à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens est « partielle ou temporaire »³¹. Dans ce dernier cas, la loi ne lui interdit pas de faire un testament, mais elle prévoit que le testament est soumis à l'appréciation du tribunal³². Le testament du majeur en tutelle peut ainsi être « confirmé » par le tribunal « si la nature de ses dispositions et les circonstances qui entourent sa confection le permettent »³³. Étant donné l'utilisation du terme « confirmé », la capacité de tester du majeur en tutelle est, en quelque sorte, présumée³⁴. Le testament demeure néanmoins soumis à l'appréciation du tribunal, puisqu'il doit nécessairement être confirmé, dès lors qu'il a été rédigé par un majeur alors qu'il était en tutelle.

20. La loi prévoit que le tribunal doit apprécier « la nature des dispositions » et « les circonstances qui entourent sa confection » pour confirmer le testament. On remarque que ces critères n'ont pas pour objectif premier d'évaluer le degré d'inaptitude du testateur, ce qui serait davantage le cas si le tribunal devait s'en remettre aux évaluations médicales et

29. Art. 281 C.c.Q.

30. Art. 710 C.c.Q. Pour un testament rédigé entre le moment de la demande d'ouverture d'un régime de protection et le jugement prononçant la curatelle, voir la décision *Davis c. Glazier*, [1996] J.Q. n° 2313 (C.S.).

31. Art. 285 C.c.Q.

32. Pour des exemples, voir *Club optimiste de Bromptonville Québec inc. c. Québec (Curateur public)*, 2008 QCCS 2974, par. 39 (et par. 14), où la juge explique « que la volonté exprimée par N... G... dans son testament et les circonstances qui ont entouré sa confection permettent de confirmer le testament »; *Tremblay*, [2001] n° AZ-50082072 (C.S.), par. 10, où le juge considère que la testatrice était lucide et qu'il était « dans l'ordre du bon sens » qu'elle lègue ses biens de la façon qu'elle l'a fait. Voir aussi *Riportella c. Gaudreault-Houle*, [1999] n° AZ-99021762 (C.S.), J.E. 99-1543 (C.S.), où le juge explique que les dispositions testamentaires sont « logiques, pertinentes et sensées », eu égard aux relations que le *de cujus* entretenait avec les membres de sa famille.

33. Art. 709 C.c.Q. La loi étend ainsi un avantage qui était autrefois réservé au majeur prodigue. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 17, Commentaire du ministre de la Justice sur l'article 709 C.c.Q.

34. Conformément à la présomption d'aptitude. Art. 1, 4, 153, al. 2 et 154 C.c.Q. Voir également *R.P. c. The Royal Trust Company*, 2010 QCCS 3354, par. 46-51.

psychosociales du testateur³⁵. Le législateur invite plutôt le tribunal à apprécier des éléments extrinsèques à la personne du testateur pour juger de l'aptitude à consentir de ce dernier. Ainsi, le tribunal ne doit pas se limiter à la seule appréciation de l'état physique ou mental du testateur. Les circonstances précises qui ont entouré la rédaction du testament et le contenu de ce testament doivent aussi guider le tribunal dans son évaluation de la « capacité » du testateur. L'article 709 du Code civil est donc une disposition du chapitre « De la capacité requise pour tester », qui renvoie expressément à l'appréciation de l'aptitude à consentir du testateur, sur laquelle nous reviendrons ci-après³⁶.

21. Soulignons que nous croyons que cette confirmation par le tribunal devrait nécessairement avoir lieu après le décès du testateur³⁷. Avant cette date, le testament demeure et doit demeurer révocable par le testateur, puisque personne ne peut abdiquer sa faculté de tester ou de révoquer ses dispositions testamentaires³⁸. De même, si le testament est confirmé du vivant du testateur, cela signifie que le contenu du testament est dévoilé. Certains proches pourraient alors être tentés d'exercer des pressions sur le majeur en tutelle, afin qu'il modifie ou qu'il ne modifie pas son testament. Comme le testament n'a aucun effet juridique avant le décès, il est inutile de le confirmer avant ce moment³⁹. Qui plus est, si on permet la confirmation du testament du vivant du testateur, on reconnaît implicitement qu'un testament puisse être annulé du vivant de son auteur — dans la mesure où le tribunal refuse de le confirmer —, ce qui a toujours été exclu en droit

35. En plus de ces deux critères, il arrive aussi que le tribunal tienne compte du degré d'incapacité du majeur et des raisons pour lesquelles il a été déclaré inapte. Voir *Y.B. et Québec (Curateur public)*, 2009 QCCS 3854, par. 38.

36. *Infra*, 1.2 La capacité à consentir.

37. C'est aussi l'avis des professeurs Beaulne et Ciotola. J. BEAULNE, préc., note 19, par. 409; Pierre CIOTOLA, « Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur », (2005) 39 *R.J.T.* 1, 38. Au moins une décision à l'effet contraire a cependant été rendue; voir *G.(D.) et G.(S.)*, [1998] n° AZ-98021974 (C.S.), J.E. 98-2054 (C.S.). Dans *Riportella c. Gaudreault-Houle*, préc., note 32, le juge Senécal semble aussi suggérer que la confirmation a normalement lieu avant le décès.

38. Art. 706 C.c.Q. La seule exception est celle prévue en matière de donations à cause de mort; voir l'article 1841 C.c.Q.

39. Art. 704, al. 1 C.c.Q.

québécois⁴⁰. Tant et aussi longtemps que le testateur est vivant, il est prématuré de requérir la confirmation du testament. Par contre, rien n'interdit d'accumuler des éléments de preuve qui faciliteront cette confirmation, le moment venu⁴¹.

22. Pour ce qui est du majeur qui a donné un mandat en prévision de son inaptitude, on peut considérer qu'il est soumis à un régime de protection « sur mesure » dès lors que son mandat a été homologué par le tribunal, qui a constaté la survenance de son inaptitude. Étant donné que rien n'est prévu au Code civil quant à la capacité juridique de ce majeur, nous sommes d'avis qu'il faut tenter d'apprécier son degré d'inaptitude — « total et permanent », « partiel ou temporaire » ou « généralement ou habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens » — pour déterminer quelle norme devrait s'appliquer à sa situation, par analogie⁴². En cas de doute quant à son degré d'inaptitude, la règle prévue pour le majeur en tutelle devrait s'appliquer et le testament devrait être soumis à une confirmation par le tribunal⁴³. Comme le degré d'inaptitude de chaque mandant est susceptible de varier, l'appréciation du tribunal semble une solution opportune dans les circonstances.

23. La « capacité de tester » relève donc nécessairement de la « capacité juridique » ou « légale » du testateur, capacité qui, nous l'avons vu, est présumée à moins d'être restreinte par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection. La capacité de

40. Voir la critique de la décision *Rivest ès qual. c. Vincent*, où le tribunal a annulé le testament de la testatrice de son vivant. Camille CHARRON, « Annulation d'un testament : avant ou après le décès du testateur? », (1984) 86 R. du N. 479. Voir également J. BEAULNE, préc., note 19, par. 400; P. CIOTOLA, préc., note 37, 40.

41. Sur les éléments qui sont considérés par les juges pour évaluer l'aptitude à consentir, voir *infra*, 2. L'appréciation de la volonté de tester.

42. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le juge Taschereau dans une décision où on lui demandait de confirmer le testament rédigé par un majeur après l'homologation de son mandat en prévision d'inaptitude. Dans cette affaire, il était établi que le mandat avait été homologué en raison d'une inaptitude « partielle ou temporaire » du majeur à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens. *F.D. et D.B. (Succession de)*, 2010 QCCS 2412, J.E. 2010-1146, par. 24.

43. Art. 709 et 2168 C.c.Q. Voir *supra*, par. 19 à 21. Pour ce qui est du testament rédigé avant l'homologation du mandat, le testateur est alors présumé apte, mais le testament pourra être annulé si on prouve l'inaptitude à consentir du testateur à cette époque. Art. 154 et 2170 C.c.Q.

tester n'est pourtant pas limitée à cette seule capacité juridique, tel que nous le verrons maintenant.

1.2 LA CAPACITÉ À CONSENTIR

24. L'étude de la jurisprudence relative à la « capacité de tester » est sans équivoque : la capacité de tester ne dépend pas de la seule capacité juridique du testateur. Au contraire, dans la plupart des décisions où il est question de la « capacité de tester », le terme « capacité » est employé dans sa signification populaire, par opposition à sa signification juridique⁴⁴. Bien que les tribunaux réfèrent à la « capacité » du testateur, c'est généralement de la « volonté »⁴⁵ du testateur ou de sa « capacité à consentir » dont il est question⁴⁶.

25. Rappelons que le *Code civil du Bas Canada* référait à la « santé d'esprit du testateur »⁴⁷, mais que cette expression n'a pas été reprise dans le *Code civil du Québec*. Malgré cette absence, nul ne doute que le testateur doit encore être sain d'esprit pour rédiger un testament⁴⁸. D'ailleurs, il en est toujours abondamment question dans la jurisprudence⁴⁹.

44. En matière d'obligations, les professeurs Baudouin et Jobin distinguent l'aptitude à consentir, qui relève du consentement, et l'aptitude à s'obliger, qui relève de la capacité. Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., mise à jour par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, par. 175 et 362. Voir aussi J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, « Donations et testament », Montréal, Imprimerie Excelsior, 1933, par. 144, et Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 241-250 qui distingue incapacités de droit et incapacités de fait.

45. Le dictionnaire de Cornu définit la volonté comme suit : « Faculté de vouloir; aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider, condition de validité d'un acte juridique (le défaut de volonté résultant d'un trouble mental justifiant l'annulation de l'acte) [...] » et « Fait de vouloir; acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique [...] ». Voir G. CORNU (dir.), préc., note 9, p. 972.

46. Les exemples sont nombreux; voir notamment *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, [2004] R.J.Q. 1089 (C.A.); *Denniss c. Thériault*, 2008 QCCA 1879; *Falcon c. Brouillette*, 2010 QCCA 1115; *Paquin c. Trottier*, [1984] R.D.J. 187 (C.A.); *Paré c. Paré*, 2007 QCCA 517; *Lemay c. Lemay*, [2001] R.L. 136 (C.S.).

47. Art. 831 C.c.B.C.

48. Jacques BEAULNE, « Bilan de la première décennie du *Code civil du Québec* en droit des successions », (2003) 105 *R. du N.* 271, 286; G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 351-353.

49. Voir notamment *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 42; *Barroso c. Da Silva Alves*, 2010 QCCS 1118, par. 54; *Clark (Succession de)*, [2008] R.L. 626 (C.S.), par. 12-20; *Holtz c. Mohammed-Sahabdoool*, 2010 QCCS 1532.

26. Pour être « capable de tester », le testateur doit non seulement être juridiquement apte, mais il doit avoir la « volonté de tester »⁵⁰, ce qui signifie qu'il doit être en mesure de donner un consentement. À ce sujet, la jurisprudence et la doctrine s'accordent généralement pour affirmer qu'il faut que « le testateur jouisse de ses facultés intellectuelles au point de pouvoir envisager les divers éléments qui doivent déterminer une personne à disposer de ses biens d'une manière plutôt que d'une autre; de comprendre le sens et de mesurer la portée de la disposition qu'elle va faire, et de s'y arrêter volontairement »⁵¹.

27. L'aptitude à consentir du testateur est régie par l'article 1398 du Code civil — à défaut d'une disposition spécifique au titre des testaments —, qui prévoit que « le consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, [...] est apte à s'obliger »⁵². Comme en ce qui a trait à la capacité juridique du testateur, c'est donc au moment de la confection du testament que la capacité à consentir doit être appréciée⁵³.

28. Étant donné que toute personne majeure est présumée apte à consentir⁵⁴, il incombe à celui qui souhaite faire annuler le testament de démontrer que le testateur n'avait

50. Étant donné la disparition de l'expression « sain d'esprit » dans le *Code civil du Québec*, les professeurs Brière et Beaulne suggèrent de référer à la « volonté de tester ». J. BEAULNE, préc., note 19, par. 376. En France, voir Alain SÉRIAUX, *Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., Paris, PUF, 1993, par. 63, qui associe l'existence de la volonté et la santé d'esprit.

51. *Protestant Board of School Commissioners of the Village of Ayer's Cliff c. Wilson*, [1954] B.R. 169, 175-176, [1954] n° AZ-50303838 (B.R.). Voir également *Touchette c. Touchette*, [1974] C.A. 575. Orville FRENETTE, « Les conditions de la formation et de l'annulation des testaments », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 45, aux pages 52 et 63-66; Louis LEBEL, « Les intermittences de la raison : aspects du contrôle judiciaire de la capacité de tester », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 4, à la page 7.

52. Même si ces dispositions se retrouvent au chapitre « Du contrat », le principe est applicable en matière d'acte unilatéral, tel le testament. G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 351; P. CIOTOLA, préc., note 37, 34.

53. *Supra*, 1.1 La capacité juridique.

54. *Baptist c. Baptist*, (1894) 23 R.C.S. 37, 39-40; *Holland-McEwen c. Estate Charles Ruiters Jenkins*, [1958] R.C.S. 719, 725; *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 42; *O'Neil c. Wallace O'Neil (Succession de)*, 2010 QCCS 2768, par. 9; J.-É. BILLETTE, préc., note 44, par. 162; G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 355; P.-B. MIGNAULT, préc., note 44, p. 243.

pas la volonté de tester, au moment du testament⁵⁵. Cette incapacité à consentir du testateur doit être prouvée conformément aux règles usuelles, selon la prépondérance de la preuve⁵⁶.

29. Depuis plusieurs années, les tribunaux reconnaissent cependant un renversement du fardeau de la preuve⁵⁷, dès lors que la capacité générale à consentir du testateur, à l'époque qui entoure la rédaction du testament — par opposition au moment précis de sa confection —, a sérieusement été mise en doute⁵⁸. Il y aurait alors une présomption de fait que le testateur n'était pas en mesure de donner un consentement valide au moment du testament.

30. Tel que l'a rappelé la Cour d'appel :

En matière de capacité de tester, le principe cardinal est que le fardeau de prouver l'incapacité incombe au plaideur qui demande la nullité de l'acte puisque chacun est présumé être sain d'esprit. Ainsi, au stade initial, la partie qui requiert l'annulation du testament doit mettre en doute, de façon générale, la capacité de tester : « Il suffirait à ce stade, de prouver l'existence d'un état habituel d'aliénation ou de faiblesse d'esprit. Faute de prouver l'état habituel d'insanité, le recours en annulation du testament échouera et la validité de celui-ci sera reconnue ».

Si cette capacité est sérieusement mise en doute par une preuve *prima facie*, le fardeau de la preuve se déplace sur celui qui prétend à la validité de l'acte. Il reviendra alors à ce dernier de démontrer la capacité de tester lors de la confection du testament. Bien que cela puisse s'avérer un exercice ardu, il faudra démontrer un intervalle de lucidité, même dans une situation générale d'affaiblissement mental. Ainsi, une contre-preuve convaincante amènera la validité du testament.⁵⁹

55. Art. 2803 C.c.Q.

56. Voir notamment *Thibault c. Guilbault*, REJB 1999-10511 (C.A.), par. 116; *Paré c. Paré*, préc., note 46, par. 18. Mireille D. CASTELLI, « La capacité de tester et sa preuve », (1976) 17 *C. de D* 777, 783-786.

57. Art. 2849 C.c.Q.

58. *Protestant Board of School Commissioners of the Village of Ayer's Cliff c. Wilson*, préc., note 51; *Mathieu c. St-Michel*, [1956] R.C.S. 477; *Moreau-Cyr c. Moreau*, [1983] R.D.J. 109 (C.A.).

59. *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 42 et 43.

31. À partir du moment où l'incapacité « générale » ou « habituelle » du testateur à donner un consentement valide a été prouvée, ce n'est donc que s'il est démontré que le testateur était apte au moment précis du testament que la défense aura gain de cause⁶⁰. Autrement, le testament sera annulé puisqu'on considérera qu'il ne contient pas les volontés du testateur, ce dernier étant jugé incapable de manifester sa volonté.

32. Outre pour le motif d'absence de consentement, il arrive également que le testament soit contesté pour vices de consentement⁶¹. En fait, il est généralement plaidé que le testateur n'avait pas la capacité de consentir ou, à défaut, que son consentement a été vicié.

33. Comme en matière de contrats, non seulement le testateur doit-il être apte à manifester son consentement, mais ce consentement doit être « libre et éclairé »⁶². Dans la mesure où le consentement du testateur a été vicié — par l'erreur, la crainte ou la captation⁶³ —, le tribunal jugera que ce ne sont pas réellement les volontés du *de cujus* qui se retrouvent dans le testament, que celui-ci doit donc être annulé.

34. Soulignons que dans ces cas-ci, les tribunaux réfèrent plus rarement à la « capacité de tester ». Le problème est alors cerné et décrit comme une question de vice de consentement. Bien qu'il soit peu fait allusion à la « capacité » du testateur, dans les faits, c'est toujours de la capacité à donner un consentement libre et éclairé dont il est question.

35. La « capacité de tester » relève donc, tel qu'on vient de le voir, à la fois de la capacité juridique du testateur et de sa capacité à donner un consentement. Capacité juridique et capacité à consentir sont d'ailleurs deux conditions « de fond », essentielles à la validité du testament⁶⁴.

36. Dans les faits, si la vérification de la capacité juridique du testateur s'avère relativement simple — en fonction des

60. *Falardeau c. Maloney*, [1986] n° AZ-86011083 (C.A.), J.E. 86-367 (C.A.); *Mongeau c. Mongeau*, [1985] n° AZ-85011014 (C.A.), J.E. 85-90 (C.A.).

61. *Stoneham et Tewkesbury c. Ouellet*, [1979] 2 R.C.S. 172.

62. Art. 1399 C.c.Q.; G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 356.

63. Art. 1399-1408 C.c.Q.; G. BRIÈRE, *id.*

64. Sur les conditions de fond du testament, voir J. BEAULNE, préc., note 19, par. 366-442.

règles prévues aux articles 707 à 711 du Code civil⁶⁵ —, on ne peut en dire autant à propos de la capacité à consentir du testateur, qui a donné lieu à une abondante jurisprudence⁶⁶.

2. L'APPRÉCIATION DE LA VOLONTÉ DE TESTER

37. Tel que mentionné précédemment, lorsqu'il est question de la « capacité de tester » devant les tribunaux, c'est généralement de la capacité à consentir du testateur — ou de sa volonté de tester — qu'il s'agit. Dans la mesure où une personne est juridiquement « apte » — majeure et non soumise à un régime de protection⁶⁷ —, quels sont les éléments qui permettent au juge de conclure qu'elle n'avait pas la « capacité de tester »?

38. L'incapacité du testateur à donner un consentement peut être momentanée, comme elle peut être permanente⁶⁸. Elle peut être due à différentes causes qui affectent la santé physique ou mentale du testateur. Elle peut aussi découler des circonstances qui ont entouré la rédaction du testament et qui ont entraîné la confusion du testateur. Dans tous les cas, elle peut avoir laissé des traces dans le contenu du testament.

39. On sait que c'est tout le testament qui est déclaré nul, dès lors que le tribunal juge que le testateur était inapte à consentir. C'est ce qui explique que la connaissance des différents éléments généralement pris en compte pour juger de la volonté de tester soit si fondamentale.

2.1 LES CARACTÉRISTIQUES PERSONNELLES ET L'ÉTAT DE SANTÉ DU TESTATEUR

40. Avant de discuter des caractéristiques personnelles et de l'état de santé du testateur que les juges considèrent comme

65. *Supra*, 1.1 La capacité juridique.

66. Pour des exemples, voir André J. BARETTE, « La capacité et l'acte testamentaire », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Développements récents en successions et fiducies* (2010), 2010, EYB2010DEV1685.

67. Art. 4 et 154 C.c.Q.

68. Lorsque l'incapacité à consentir est permanente, le testateur devrait normalement bénéficier d'un régime de protection ou de l'homologation de son mandat en prévision d'incapacité.

étant apte ou inapte à consentir, rappelons que l'absence de volonté du testateur peut être prouvée grâce à différents moyens. L'étude de la jurisprudence révèle que les moyens de preuve les plus courants sont l'expertise médicale et psychosociale, les autres écrits du testateur, le témoignage des proches, celui des spécialistes de la santé, des professionnels juristes et des autres professionnels qui ont conseillé le testateur. Ce ne sont toutefois pas les moyens de preuve en soi qui nous intéressent ici, mais bien ce que les juges retiennent comme des indicateurs d'une inaptitude à consentir.

41. Tel que vu précédemment, pour qu'un testament soit déclaré nul, il faut prouver que le testateur était incapable de donner un consentement, de façon générale et habituelle, et ce, selon la prépondérance de la preuve⁶⁹. Si cette incapacité générale à consentir est prouvée, le fardeau de la preuve est alors déplacé et c'est à l'autre partie de prouver que le testament a été fait dans un intervalle où le testateur était lucide et apte à manifester son consentement. L'analyse de la jurisprudence montre que la preuve requise à cet effet est la même avant et après 1994⁷⁰, comme l'est généralement son appréciation.

42. Sachant ce qui doit être démontré et par quels moyens cette démonstration peut être faite, peut-on identifier certaines caractéristiques précises du testateur « capable de donner un consentement » ou, pour utiliser le vocabulaire du *Code civil du Bas Canada*, du testateur « sain d'esprit »? Chaque situation étant distincte, certaines caractéristiques personnelles du testateur ou relatives à son état de santé sont-elles déterminantes?

43. On a vu que l'âge est une condition de validité du testament, dès lors qu'il est question d'un testateur mineur. En effet, le testateur mineur ne peut tester d'aucune partie de ses biens, si ce n'est de biens de peu de valeur⁷¹. Qu'en est-il de l'âge « avancé » du testateur? La « vieillesse » fait-elle naître une présomption d'incapacité à consentir?

44. Chose certaine, les cas de contestation de testaments rédigés par des personnes âgées sont nombreux, très

69. *Supra*, 1.2 La capacité à consentir.

70. P. CIOTOLA, préc., note 37.

71. *Supra*, 1.1 La capacité juridique.

nombreux⁷². Si l'âge avancé du testateur peut être perçu par ses proches comme un motif de contestation du testament, il est rarement explicitement retenu par les tribunaux⁷³. Bien que l'âge du *de cujus* au moment de la rédaction du testament soit fréquemment mentionné, les juges font preuve d'une extrême prudence avant d'affirmer qu'un testateur était incapable de donner un consentement en raison de son âge⁷⁴. Au contraire, l'âge sert parfois même à justifier les pertes de mémoire du testateur ou ses problèmes physiques, sans pour autant signifier qu'il est incapable de consentir⁷⁵.

45. À l'occasion, l'âge du testateur est énuméré comme « un des facteurs » qui contribuent à expliquer son inaptitude *de facto*, malgré l'absence d'un régime de protection, mais sans être un facteur déterminant⁷⁶. En effet, dans la plupart des situations où l'âge avancé du testateur est évoqué, ce n'est

72. Voir notamment *Almond (Succession d') c. Hayes*, [2004] n° AZ-50256721 (C.S.), où le testateur a 92 ans; *Bastings c. Bastings-Allard*, [1997] n° AZ-97011428 (C.A.), J.E. 97-912 (C.A.), où la testatrice a 83 ans; *Beauchamp c. Berthol-Beauchamp*, 2007 QCCS 3715, où la testatrice a 87 ans; *Brassard c. Hudon*, [1996] n° AZ-50188147 (C.S.), où le testateur a 83 ans; *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, [2003] n° AZ-50163658 (C.A.), où le testateur a 89 ans; *Elliott c. Elliott*, [2001] n° AZ-50086954 (C.S.), J.E. 2001-1261 (C.S.), où la défunte a environ 92 ans.

73. Est-il nécessaire de rappeler que l'âge est l'un des motifs de discrimination visé par la Charte québécoise? *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10 et 48.

74. Le juge Brossard explique que « le fait d'être avancé en âge ne fait pas preuve d'incapacité de tester; il n'est pas anormal que ce soit à un âge avancé qu'un homme veuille exprimer ses "dernières volontés" quant à la disposition de ses biens en faveur de ceux qui se sont montrés, durant sa vie, dignes de sa confiance et de sa gratitude ». *Héritiers de Dorothy Allison c. Clough*, [1970] C.A. 67, 72. Voir aussi le professeur Langelier qui souligne : « Tous les vieillards ont moins de mémoire, de jugement et de volonté, que les gens dans toute la force de l'âge, mais personne ne dira qu'ils sont par cela malades d'esprit. » F. LANGEIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 106.

75. *Bouchard c. Gosselin*, [2002] n° AZ-50114397 (C.S.), par. 47. Dans *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, [2001] n° AZ-50401775 (C.S.), par. 99 (confirmé en appel, [2003] n° AZ-50163658 (C.A.)), le juge discute de la « sénilité » du testateur mentionnée dans des rapports médicaux qui, selon la définition du terme qu'il retient, ne serait en fait qu'un « ensemble des aspects pathologiques et régressifs caractéristiques de la vieillesse ». Il juge néanmoins que le testateur était apte à consentir.

76. *Barrière c. Duhaime*, [1995] n° AZ-95021606 (C.S.), J.E. 95-1459 (C.S.) (confirmé en appel [1996] n° AZ-96011989 (C.A.)), p. 38 : « Vu l'âge du "*de cujus*", vu la preuve faite qu'à l'époque, il souffrait de démence qui avait grandement affecté et affaibli ses facultés intellectuelles, que son état de santé était très mauvais, qu'il était très dépendant de son épouse, la défenderesse, le Tribunal est d'avis qu'il n'avait pas la capacité de tester valablement et en conséquence, le testament qu'il a fait le 6 juin 1991, doit être annulé. »

pas cet élément qui est retenu pour étayer la thèse de son incapacité à donner un consentement, mais bien des éléments qui peuvent être « indirectement » liés à l'âge, telle la maladie.

46. Là encore, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'il est impossible d'établir une relation causale simple entre la présence d'une maladie physique ou mentale et l'absence de volonté de tester. Même les maladies dégénératives, tel l'Alzheimer⁷⁷, ne créent pas de véritable présomption d'incapacité à consentir. D'une part, une personne peut être atteinte de ce type de maladie à divers degrés⁷⁸ et, d'autre part, elle peut avoir de courtes ou de longues périodes de lucidité. Ainsi, bien que l'existence d'une maladie dégénérative soit « un élément » de nature à établir une preuve *prima facie* de l'incapacité à consentir⁷⁹, la seule présence de la maladie est insuffisante pour faire annuler un testament. Ce qui importe, c'est de prouver les effets de cette maladie sur le testateur, particulièrement sur sa capacité à consentir, au moment du testament.

47. Ajoutons que si la présence d'une maladie supposait nécessairement l'inaptitude d'une personne à consentir, celle-ci devrait normalement bénéficier d'un régime de protection ou de l'homologation d'un mandat en prévision de son inaptitude⁸⁰. Dans la mesure où le régime de protection serait

77. La jurisprudence relative à un testateur vraisemblablement atteint de la maladie d'Alzheimer est abondante. Voir notamment *Almond (Succession d')* c. *Hayes*, préc., note 72, par. 110; *Borduas c. Borduas*, [2001] J.Q. n° 330 (C.S.), J.E. 2001-168; *George c. Clarke*, 2007 QCCS 1509; *Glover c. Pringle*, 2007 QCCS 928; *Paré c. Paré*, préc., note 46; *Rhéaume c. Rhéaume*, 2007 QCCS 4704; *Tellier (Succession de)*, 2006 QCCS 5303 (C.S.); *Thériault c. Denniss*, 2007 QCCS 2637 (confirmé en appel 2008 QCCA 1879).

78. Dans *Martin c. Pichette (Succession de)*, [2005] J.Q. n° 1483 (C.S.), par. 174, on mentionne qu'il existe trois stades de la maladie : léger, modéré et sévère. Dans *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 45, il est fait référence aux 7 niveaux de démence et au fait que les personnes « normales » sont au stade 1.

79. *Elliott c. Elliott*, préc., note 72, par. 225.

80. Dans *Cameron (Succession de) c. Cameron*, [2006] R.L. 234 (C.S.), par. 121, le juge note qu'il est « étonnant » que les enfants qui demandent l'annulation du testament pour incapacité à consentir du testateur n'aient rien fait pour que leur père « reçoive une assistance quelconque s'il était vraiment en début de démence : aucune démarche pour lui faire nommer un tuteur ou un curateur, aucune convocation d'un conseil de famille ». Voir aussi *Duquette c. Thibert*, [2002] J.Q. n° 3290 (C.S.) (confirmé en appel [2004] n° AZ-50230879 (C.A.)), par. 29; *Godin-Faierstein c. Succession de feu Alice Bergeron*, [2002] J.Q. n° 7656 (C.S.), par. 22; *Lavallée c. Lavallée*, 2009 QCCS 5193, par. 64; *Morin et Morin (Succession de)*, 2008 QCCS 2949, par. 85-94; *Tellier (Succession de)*, préc., note 77, par. 66.

une curatelle, il y aurait une réelle incapacité de tester, au sens « juridique » du terme⁸¹. La preuve d'une incapacité à consentir deviendrait alors inutile⁸².

48. Le comportement du testateur est aussi fréquemment discuté devant les tribunaux lorsqu'un proche tente de faire invalider son testament pour inaptitude à consentir. C'est notamment le cas lorsque ce comportement est qualifié de « particulier », « étrange » ou « original » ! Si on affirme généralement qu'un testateur est apte à consentir « s'il peut rédiger un testament que tout homme judicieux, équitable ou sage peut faire en ces circonstances »⁸³, les juges sont conscients du fait que toute personne n'est pas judicieuse, équitable ou sage de son vivant. Doit-elle le devenir en prévision de son décès?

49. Des auteurs expliquent que le fait qu'une personne soit « bizarre » ne crée pas de présomption d'insanité⁸⁴ et que « la seule excentricité de conduite qui ne témoigne pas d'un désordre mental permanent » est insuffisante pour invalider un testament⁸⁵. Le fait qu'un individu soit décrit comme un être « dérangé, perturbé, troublé à la fin de sa vie »⁸⁶ ou comme un être ayant un « caractère difficile »⁸⁷ ne signifie pas que cette personne soit inapte à donner un consentement pour autant.

81. *Supra*, 1.1 La capacité juridique.

82. Mentionnons que dans certaines décisions, il est fait référence à la capacité requise pour consentir à des soins médicaux. Aucune relation causale n'est cependant établie entre la capacité requise pour consentir à des soins de santé et celle qui est nécessaire pour faire un testament. Il ne s'agirait donc que d'un élément, parmi plusieurs autres, visant à démontrer l'état général du *de cujus*. *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, préc., note 75, par. 55, 71, 107; *Martin c. Pichette (Succession de)*, préc., note 78, par. 261; *Michaud c. L'Espérance*, [2002] n° AZ-50122130 (C.S.), J.E. 2002-963 (C.S.), par. 42, 136; *Tobiasz c. Tobiasz*, [1996] J.Q. n° 1492 (C.S.), par. 19.

83. P. CIOTOLA, préc., note 37, 35, et Pierre CIOTOLA, « Successions — Des principes usuels d'interprétation des testaments et les décisions rendues en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 37, 42 et 43.

84. Roger COMTOIS, « Testament, capacité du testateur, appréciation de la preuve », (1986) 88 *R. du N.* 598, 601.

85. P.-B. MIGNAULT, préc., note 44, p. 250. Voir aussi David M. DOUBILET, « Soundness of Intellect as a Criterion for the Validity of a Will », (1967) 13 *McGill L.J.* 333, 342; Hervé ROCH, *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, « Donations, testaments, legs, exécuteurs testamentaires », Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 278; Joseph SIROIS, *De la forme des testaments*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 196.

86. *Bergeron (Succession de)*, [2004] n° AZ-50257105 (C.S.), par. 5.

87. *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, préc., note 75, par. 100.

50. Au contraire, dans certains cas, le tempérament « particulier » du testateur peut contribuer à expliquer son comportement ou certains de ses choix en matière de testament. Par exemple, dans l'affaire *Falcon c. Brouillette*, le tribunal note que « la *de cujus* est une personne impulsive, indépendante, qui semble savoir ce qu'elle veut et qui change souvent d'idée », ce qui expliquerait qu'elle ait rédigé 9 testaments notariés sur une période de 11 ans⁸⁸. Dans *Desharnais c. Mailloux*, le tribunal constate le « manque de réalisme » du *de cujus* et le « caractère inusité, pour ne pas dire déraisonnable, » de certains actes posés par ce dernier, mais il explique cette situation par la forte personnalité du testateur qui « était un homme contrôlant et qui avait une forte estime de lui-même. Il semble bien qu'il ait fait toute sa vie selon ses propres volontés, sans trop se préoccuper des conseils des gens qui l'entouraient »⁸⁹. De même, dans l'affaire *Cameron (Succession de)*, le juge rappelle que « certains gestes assimilés à de la démence constituent peut-être de l'extravagance, comme le fait d'allumer le foyer avec un billet de 20 \$ ou de dire qu'il a 16 ans au lieu de 76 ans »⁹⁰.

51. Il est vrai qu'il est parfois difficile de tracer une ligne entre l'excentricité d'une personne apte à donner un consentement et, par exemple, les effets d'une maladie qui rendent une personne inapte à consentir. Ce fut le cas dans l'affaire *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, où la Cour supérieure a considéré que le comportement du testateur était celui d'un « vieux malcommode », néanmoins en mesure de tester⁹¹. Au contraire, la Cour d'appel a conclu qu'il y avait « obsession » et « caractère paranoïde » d'une personne qui n'était plus apte à faire un testament⁹².

52. Devant pareilles difficultés d'interprétation, une solution parfois retenue par les tribunaux consiste à comparer le comportement du testateur au moment du testament avec la

88. *Falcon c. Brouillette*, 2008 QCCS 2759 (C.S.), par. 69 et 94 (confirmé en appel 2010 QCCA 1115).

89. *Desharnais c. Mailloux*, 2006 QCCS 5383 (confirmé en appel, 2008 QCCA 123), par. 120-127.

90. *Cameron (Succession de) c. Cameron*, préc., note 80, par. 119.

91. *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, [2001] n° AZ-01026337 (C.S.), p. 7 et 8.

92. *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 63.

conduite qu'il a généralement adoptée tout au long de son existence. Une telle comparaison aide le tribunal à distinguer ce qui relève des choix du testateur de ce qui tient davantage à un changement de son comportement dû, notamment, à la maladie ou à une diminution de ses facultés⁹³. Le testateur est alors comparé à lui-même, à l'individu qu'il était à l'époque où nul ne doutait de sa capacité à consentir. Il ne s'agit pas, ici, de porter un jugement sur le comportement du testateur, mais bien de vérifier si ce dernier jouit toujours des facultés nécessaires pour rédiger un testament.

53. S'il existe des personnes incapables de tester au sens juridique du terme — le majeur en curatelle, le majeur en tutelle dont le testament n'est pas reconnu par le tribunal et le mineur pour ses biens autres que ceux de peu de valeur — l'étude de la jurisprudence nous montre qu'il n'existe cependant aucun « modèle » de personne capable ou incapable de consentir. Ni l'âge avancé, ni la maladie, ni même certains traits de caractère précis ne distinguent le testateur apte du testateur inapte à consentir. L'appréciation de la volonté de tester est du ressort du tribunal, qui doit évaluer chaque situation en fonction de l'ensemble de la preuve qui lui est présentée.

54. Outre les éléments de preuve liés aux caractéristiques personnelles du testateur, d'autres éléments de preuve, telles la nature des dispositions et les circonstances qui entourent la confection du testament, influencent également le tribunal dans son appréciation de l'aptitude à consentir du testateur.

93. À titre d'exemple, dans *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, *id.*, par. 12, le tribunal souligne : « Avant 1988, M. Bertrand, né le 3 décembre 1913, est considéré comme un homme affable, gai et jovial aimant la compagnie. Il a bon caractère et est apprécié de son entourage ». Dans *Martin c. Pichette (Succession de)*, *préc.*, note 78, par. 220, le juge note, à propos de la testatrice : « autrefois si active, sociable et entreprenante, elle ne sortait pratiquement plus de sa résidence, passait une grande partie de ses journées au lit, etc. ». Dans *Tremblay c. Perron-Grenier*, [1997] J.Q. n° 422, à la page 24 (confirmé en appel : [2002] J.Q. no 4929 (C.A.)), le juge Rochette explique au sujet du testateur : « qu'il n'était plus le même après son AVC d'août 1991. Ils ne pouvaient plus échanger avec lui qui était déprimé, perdu, d'humeur instable et anxieux. Il lui arriva de ne plus savoir pourquoi il s'était rendu à tel endroit. »

2.2 LA NATURE DES DISPOSITIONS

55. Nous avons vu que le tribunal peut confirmer le testament fait par un majeur après sa mise en tutelle « si la nature de ses dispositions et les circonstances qui entourent sa confection le permettent »⁹⁴. Bien que ce ne soit pas expressément mentionné dans le Code, dans les faits, on constate que la nature des dispositions testamentaires et les circonstances dans lesquelles le testament a été rédigé sont aussi largement prises en compte par les juges qui ont à apprécier la volonté de tester d'une personne qui n'était soumise à aucun régime de protection. Tel que le mentionne la juge Duval Hesler :

Article 709 C.C.Q is the expression of the legislator's intent that a person's true last wishes be respected whenever possible. The right to bestow one's assets to whom one wishes upon one's death is paramount in our law. It is also a matter on which one has a right to change one's mind. Capacity is a relative issue, a matter of degree. The validity of a Will will be recognized when circumstances demonstrate that its author, though suffering from some mental lapses, was fully cognizant of the consequences of making that Will and fully intended those consequences. Thus, the Will of a person may be confirmed even after that person is placed under tutorship. The last Will of the deceased, who was not under tutorship, is no less deserving of consideration than Article 709 envisions (nous soulignons).⁹⁵

56. C'est d'ailleurs ce que révèle notre analyse de la jurisprudence en la matière : la nature des dispositions et les circonstances qui entourent la confection du testament sont effectivement appréciées par les tribunaux.

94. *Supra*, 1.1 La capacité juridique.

95. *McDermid c. Howman-Trainor*, [2003] n° AZ-50184809 (C.S.), par. 61.

57. Bien que la doctrine et la jurisprudence s'entendent sur le fait que le seul contenu du testament n'est pas suffisant pour apprécier l'aptitude à consentir du testateur, le caractère « raisonnable » ou non des dispositions testamentaires est un élément qui est apprécié dans plusieurs décisions que nous avons étudiées⁹⁶. Lorsque l'aptitude à consentir du testateur est mise en doute, les juges cherchent dans le contenu du testament des « traces » de l'aptitude ou de l'inaptitude à consentir du testateur.

58. Étant donné le principe de la liberté de tester, le juge qui doit évaluer la capacité à consentir du testateur n'a pas à porter de jugement sur le choix des légataires. Les juges rappellent d'ailleurs fréquemment qu'ils n'ont pas à se prononcer quant à la moralité ou à l'équité des dispositions testamentaires⁹⁷. L'appréciation que font les tribunaux québécois de la capacité à consentir du testateur reste ainsi fidèle à l'individualisme qui sous-tend le droit des testaments, puisque ce qui importe, ce sont les volontés du testateur, et non les conséquences du décès pour ses proches⁹⁸.

96. *Beaulieu (Succession de)*, [2001] n° AZ-50104736 (C.S.), J.E. 2001-2215 (C.S.), par. 44, 65; *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, préc., note 75, par. 120; *F.D. et D.B. (Succession de)*, préc., note 42, par. 30; *Falardeau c. Maloney*, préc., note 60 (juge LeBel); *Malouin c. Hubert*, [1998] n° AZ-99026134 (C.S.); J.É. BILLETTE, préc., note 44, par. 161; J. BEAULNE, préc., note 19, par. 372; M.D CASTELLI, préc., note 56, 782; Georges S. CHALLIES, « Conditions de validité du testament au Québec et en France », (1960) 20 *R. du B.* 373, 376 et 377; Roger COMTOIS, « Le consentement dans les libéralités », (1966) *R.J.T.* 295, 296; D.M. DOUBILET, préc., note 85, 344; O. FRENETTE, préc., note 51, p. 66; Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 357; Châteauguay PERRAULT, « Insanité, suggestion et captation testamentaires », dans *Études juridiques en hommage à monsieur le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, P.U.M., 1963, p. 443, aux pages 451-455; H. ROCH, préc., note 85, p. 275.

97. Dans *Bergeron (Succession de)*, préc., note 86, par. 19, le juge note que l'affaire « n'est pas une question de moralité ». Dans *Desharnais c. Mailloux*, préc., note 89, par. 17, le juge souligne que « le tribunal doit se garder de porter un jugement moral sur la question ». De même, dans *Lavigueur c. Lavigueur*, 2007 QCCS 313, par. 100, le juge explique que « ce n'est pas le rôle du Tribunal de corriger une injustice qu'aurait pu commettre leur père ou de se prononcer sur l'ingratitude ou l'iniquité de sa décision ».

98. Sur ce thème, Christine MORIN, « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », (2008) 42 *R.J.T.* 417. Guével écrit que « les dispositions contenues dans un testament constituent l'illustration la plus paroxystique de la théorie de l'autonomie de la volonté ». Didier GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, Paris, LGDJ lextenso éditions, 2009, par. 328.

59. Malgré tout, plusieurs remarques des juges montrent qu'ils vérifient la « logique » des choix faits par le testateur, notamment eu égard à sa situation personnelle ou familiale⁹⁹. Par exemple, le fait de léguer des biens à son conjoint est généralement perçu comme un geste « naturel » ou « normal », dans la mesure où rien ne démontre une mésentente entre le testateur et ce conjoint¹⁰⁰. La situation est la même lorsqu'il est question de legs en faveur d'un enfant du testateur¹⁰¹. Dans la mesure où la bonne entente règne dans une famille, différentes affirmations des juges laissent même entendre qu'une personne a « normalement » des motifs lorsqu'elle exhérède ses proches¹⁰². Lorsqu'il s'avère impossible d'identifier ces motifs, certains juges y décèlent un indice de la présence d'un « problème » quelconque chez le testateur.

60. En général, qu'il soit question d'un membre de la famille immédiate du *de cujus* ou de toute autre personne, la présence d'un conflit entre le testateur et un légataire est perçue comme un motif d'exhérédation, alors qu'à l'opposé, une

99. Voir également Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 279-288. Aux États-Unis, voir Pamela CHAMPINE, « Expertise and Instinct in the Assessment of Testamentary Capacity », (2006) 51 *Vill. L. Rev.* 25; Milton D. GREEN, « Proof of Mental Incompetency and the Unexpressed Major Premise », (1944) 53 *Yale L.J.* 271; Melanie B. LESLIE, « The Myth of Testamentary Freedom », (1996) 38 *Ariz.L.Rev.* 235. En France, le professeur Beignier note qu'en cette matière, « la balance de la justice varie en fonction des situations familiales et des bénéficiaires des legs. On ne peut qu'approuver cela. » Bernard BEIGNIER, « Insanité d'esprit et droit patrimonial (panorama de la jurisprudence) », (2008) 13 n° 4 *Droit de la famille (LexisNexis Jurisclasseur)* 31, 38.

100. *Fluet c. Guillemette*, [1989] R.L. 154 (C.A.); *Godon c. Héritiers de Laurent Labelle*, [1985] C.S. 1054; *Levey c. Poirier*, [1993] n° AZ-50072106 (C.A.). Au contraire, l'existence d'un conflit entre ceux-ci justifie l'exhérédation : *McDermid c. Howman-Trainor*, préc., note 95.

101. *Bouchard c. Gosselin*, préc., note 75, par. 49; *Grand Maître c. Guérin*, [1989] R.R.A. 946 (C.S.). Dans *Pagé c. Simard*, [1997] n° AZ-97022035 (C.S.), J.E. 97-2223 (C.S.), le juge s'étonne du fait que la testatrice ait « oublié » sa fille dans ses dispositions testamentaires, alors qu'elle s'était toujours préoccupée du bien-être de cette dernière.

102. *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, préc., note 46, par. 63; *Collin-Evanoff c. Cadieux*, [1988] n° AZ-88011491, J.E. 88-689 (C.A.); *Caron c. Forest (Succession de)*, 2010 QCCS 2604, par. 131 et 143; *Holtz c. Mohammed-Sahabdool*, préc., note 49, par. 38. Voir aussi P.-Y. MARQUIS, préc., note 96, p. 357.

relation harmonieuse tend à justifier un legs¹⁰³. Suivant ces décisions, ce sont donc les sentiments du testateur — par opposition à des « devoirs » envers sa famille ou d'autres proches — qui expliqueraient les legs.

61. L'aide et les soins apportés à un testateur par un légataire contribueraient également, toujours selon la jurisprudence, à expliquer ou à justifier que ce légataire soit avantagé — ou mieux avantagé — par le testateur¹⁰⁴. Dans ces situations, c'est surtout la reconnaissance du testateur envers une personne qui justifierait sa volonté de l'avantager.

62. En fait, des décisions que nous avons analysées, on retient que lorsque les juges considèrent qu'une personne apte à consentir, placée dans la situation du testateur, n'aurait pu rédiger un testament semblable, ils tendront à considérer que le testament est « suspect ». Le testament est alors perçu comme le fruit d'une personne dont les facultés intellectuelles étaient diminuées au point de ne plus pouvoir envisager les divers éléments qui doivent déterminer une personne à disposer de ses biens d'une manière plutôt que d'une autre; de comprendre le sens et de mesurer la portée de la disposition qu'elle va faire, et de s'y arrêter volontairement¹⁰⁵.

63. Bien entendu, il y a nécessairement, ici, un jugement qui est porté par les juges sur ce qui constitue une personne apte à consentir, en fonction de leurs représentations de ce qu'est une personne « normale » et de ce que celle-ci ferait, si elle était placée dans la même situation. Les juges présument, indirectement, qu'il existe des legs qui ne peuvent être faits par une personne « capable de consentir », dans certaines circonstances. Par exemple, le legs de l'universalité des biens

103. Dans l'affaire *Lavallée*, le juge mentionne : « le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il existait une situation familiale houleuse à l'époque qui pouvait vraisemblablement laisser croire que Charles-Émile était bien décidé, pour des raisons lui appartenant, de déshériter sa fille ». *Lavallée c. Lavallée*, préc., note 80, par. 113. Voir également *Côté-Lebreux c. Coulombe*, [2000] n° AZ-00021976 (C.S.), J.E. 2000-1883 (C.S.) (appel rejeté sur requête (C.A., 2000-10-30), n° 200-09-003293-005); *Latendresse c. Désautels*, [2005] n° AZ-50345655 (C.S.), J.E. 2006-220 (C.S.); *Michaud c. L'Espérance*, préc., note 82.

104. *Brochu c. Trust Prêt et revenu*, préc., note 75, par. 124; *Corriveau c. Corriveau*, [2002] n° AZ-50136907 (C.S.), J.E. 2002-1386 (C.S.).

105. *Protestant Board of School Commissioners of the Village of Ayer's Cliff c. Wilson*, préc., note 51, p. 175-176. Voir également O. FRENETTE, préc., note 51, p. 64; L. LEBEL, préc., note 51, p. 7.

composant une succession solvable à un ennemi, au détriment d'une famille aimante, pourrait être perçu comme un indicateur de la présence d'une incapacité à consentir.

64. Dans la plupart des décisions que nous avons étudiées, on observe cependant que les juges « tentent » de se mettre à la place du testateur¹⁰⁶. Ils ne cherchent pas à savoir si le contenu du testament reflète celui d'une personne dite « normale » ou « raisonnable » dans l'abstrait, mais plutôt si le contenu du testament est « normal », « raisonnable » ou « logique », eu égard aux croyances, aux valeurs et aux autres caractéristiques personnelles du testateur. Les dispositions testamentaires sont-elles « cohérentes », si on les évalue en fonction du testateur? Si elles le sont, le contenu du testament constituera un indicateur de l'aptitude à consentir du testateur. Dans le cas contraire, le juge cherchera une autre explication plausible ou, à défaut, il considérera le contenu du testament comme un indice de la présence d'un problème de consentement. Si on convient que la remise en cause de « la volonté » du testateur ne doit pas être un prétexte à l'appréciation de « ses volontés », ces dernières peuvent néanmoins « éclairer » l'examen qui est fait de l'aptitude à consentir du testateur.

65. Soulignons que l'influence de la nature des dispositions testamentaires sur l'appréciation de l'aptitude à consentir du testateur est aussi envisageable à un second niveau. Outre le juge du procès, ceux qui ont à témoigner relativement à l'aptitude ou à l'inaptitude à consentir du testateur peuvent également être influencés par le contenu du testament. D'abord, l'opinion d'un témoin peut être biaisée parce qu'il est avantage par le testament, ou parce qu'il ne l'est pas. Ensuite, comme le juge du procès, le témoin apprécie l'aptitude à consentir du testateur en fonction de sa propre représen-

106. Sur la difficulté de faire abstraction de ses propres valeurs et croyances et ainsi, réellement juger en fonction du testateur, avec empathie, voir l'excellent article de Jane B. BARON, « Empathy, Subjectivity, and Testamentary Capacity », (1987) 24 *San Diego L. Rev.* 1043. La même auteure explique que les tribunaux américains utilisent deux tests pour déterminer si le testateur était capable de consentir : le test de la personne « raisonnable » ou « rationnelle » dans les circonstances, et le test de la « cohérence » du testateur par rapport à lui-même, en vertu de ses croyances, ses valeurs, etc. C'est ce second test qui est généralement utilisé au Québec. Voir *infra*, 2.2 La nature des dispositions.

tation de ce qu'une personne en pleine possession de ses moyens ferait — ou aurait dû faire — dans les circonstances¹⁰⁷. Dans ce cas-ci, cependant, il est difficile de savoir si le témoin tente toujours de se mettre « dans les souliers du testateur », avant de porter un jugement sur son aptitude à consentir.

2.3 LES CIRCONSTANCES QUI ENTOURENT LA CONFECTION

66. En plus de la nature des dispositions testamentaires, les circonstances qui entourent la confection du testament constituent un second élément extrinsèque utile à l'évaluation de l'aptitude à consentir du testateur¹⁰⁸. Dans ce cas-ci, le tribunal est appelé à vérifier si les circonstances précises qui entourent la confection du testament ont pu influencer l'aptitude à consentir du testateur¹⁰⁹, par exemple en suscitant de la confusion chez ce dernier.

107. P. CHAMPINE, préc., note 99, 42 et 43. Dans *Poitras c. Poitras (Succession de)*, 2010 QCCS 2841, par. 46, l'expert émet une opinion en se fondant notamment sur le contenu du testament contesté. C'est aussi le cas dans *Frigon c. Frigon*, [2004] J.Q. n° 4032 (C.S.), par. 30 (confirmé en appel [2004] J.Q. n° 8539 (C.A.)).

108. Rappelons que la nature des dispositions et les circonstances qui entourent la confection du testament sont mentionnées à l'article 709 C.c.Q., qui ne vise que le testateur en tutelle. Dans les faits, cependant, les tribunaux ont aussi recours à ces deux éléments pour apprécier la volonté de tester du *de cujus* qui ne bénéficie pas d'un régime de protection. O. FRENETTE, préc., note 51, p. 66; J. SIROIS, préc., note 85, p. 196. Les circonstances sont également importantes lorsqu'il s'agit de vérifier s'il y a eu captation. En effet, il y a captation lorsque la volonté du testateur est viciée en raison de causes ou de « circonstances » extérieures au testament. G. BRIÈRE, préc., note 19, par. 356. *Côté-Lebreux c. Coulombe*, préc., note 103 (où il est à la fois question de captation et d'incapacité de tester); *Michaud c. L'Espérance*, préc., note 82; *J.G. c. C.D.*, 2008 QCCQ 3201.

109. Par exemple, dans *Michaud c. L'Espérance*, *id.*, par. 53, la juge Julien mentionne : « Le moins que l'on puisse dire, c'est que Madeleine vivait, ce 6 juillet 1998, une journée peu favorable à l'exercice d'un jugement éclairé. Mais il y a plus. Il faut maintenant considérer l'état de ses relations interpersonnelles entre le 30 juin et le 16 août 1998, et leur impact sur l'exercice de son jugement personnel (nous soulignons) ». La juge explique qu'elle ne peut conclure à l'insanité d'esprit de la testatrice, mais qu'elle peut conclure à l'affaiblissement marqué du jugement et de la volonté lié à un choc émotionnel intense, à une condition physique détériorée, à la médication et aux manipulations des défendeurs (par. 129). De même, dans *Caron c. Forest (Succession de)*, préc., note 102, par. 91, la juge Laberge souligne : « Denyse Forest était affectée d'une maladie terminale. Elle était très bouleversée par le décès de son mari survenu quatre (4) jours auparavant et elle ne pouvait pas savoir à combien s'élevaient les actifs dont elle héritait de son mari. »

67. La hâte dans la préparation d'un testament, l'absence du notaire habituel du *de cujus* ou l'absence d'explications satisfaisantes d'un changement des volontés du testateur ont été considérées comme des circonstances « suspectes » entourant le testament¹¹⁰. De telles circonstances particulières permettent d'appuyer ou de corroborer la thèse de l'incapacité à consentir du testateur. Jointes à d'autres éléments, elles peuvent même mener à un renversement du fardeau de la preuve. En effet, tel que l'a exprimé la Cour suprême :

The medical evidence in the case at bar taken by itself was not perhaps sufficient to establish *prima facie* case of testamentary incapacity. That evidence however must be considered in conjunction with the surrounding circumstances.¹¹¹

68. L'intoxication du testateur — que ce soit par l'alcool, la drogue, les médicaments, etc. — fait aussi partie des circonstances entourant la rédaction du testament qui retiennent l'attention des tribunaux, dans la mesure où cette intoxication est susceptible d'affecter la capacité à consentir du testateur. Comme lorsqu'il est question de maladie, il ne suffit toutefois pas de prouver l'existence d'une intoxication. Ce qui doit être démontré, ce sont les effets des substances absorbées sur le testateur, au moment du testament¹¹². Les facultés du testateur doivent être affectées à un point tel que ce dernier n'est non seulement plus dans son état « normal » ou « habituel », mais qu'il n'est plus en mesure de donner un consentement. Si on ne peut faire une telle preuve, le tribunal conclura que le testateur pouvait rédiger un testament. D'ailleurs, l'absorption de médicaments a déjà été retenue

110. *Guérin c. Guérin*, [1962] R.C.S. 550, 554. Voir également *Brassard c. Hudon*, préc., note 72, par. 163, 164, 171-174; *Falardeau c. Maloney*, préc., note 60 (Juge McCarthy).

111. *Guérin c. Guérin*, préc., note 110.

112. *Girard c. Cloutier*, [1991] n° AZ-91011989 (C.A.); *Beaulieu (Succession de)*, préc., note 96; *Collin (Curatrice à) c. Collin*, [1997] J.Q. n° 2376 (C.S.); *Côté-Lebreux c. Coulombe*, préc., note 103; *Gauthier c. Gauthier*, [2003] n° AZ-50184711 (C.S.); *Généreux c. Forgues (Succession de)*, [2005] n° AZ-50337395 (C.S.); *Laliberté c. Guinta*, [2000] J.Q. n° 286 (C.S.); *Laprade c. Joumard*, [1996] n° AZ-50401751 (C.S.) (confirmé en appel [1998] n° AZ-99011129 (C.A.)); *Malouin c. Hubert*, préc., note 96; *Pagé c. Simard*, préc., note 101; *Tobiasz c. Tobiasz*, préc., note 82.

comme un élément qui favorise la lucidité du testateur — et son aptitude à consentir —, en allégeant ses douleurs¹¹³.

69. Le suicide du testateur, peu de temps après la rédaction de son testament, est également une circonstance qui entoure la rédaction du testament discutée devant les tribunaux. Le suicide n'est cependant pas un synonyme d'une incapacité à consentir pour autant¹¹⁴. C'est la perturbation de l'état d'esprit du testateur — à un point tel qu'il ne puisse plus disposer de ses biens avec lucidité, en comprenant le sens et en mesurant la portée de son geste —, qui doit être prouvée. Autrement, le testateur est jugé apte à consentir. La situation est similaire lorsqu'il est question de dépression qui affecte le testateur, où ce sont les effets concrets de la dépression sur le testateur qui doivent être démontrés, par opposition à la seule existence d'une dépression¹¹⁵.

70. De notre analyse de la jurisprudence, nous devons donc conclure qu'aucune circonstance précise qui entoure la confection du testament ne mène forcément à son annulation. De même, aucun type de contenu testamentaire — par exemple, l'exhérédation du conjoint et des enfants — n'est la preuve, en soi, d'une incapacité à consentir. C'est plutôt l'ensemble de la preuve — qu'elle soit liée aux caractéristiques personnelles du testateur, aux circonstances qui entourent la confection du testament ou à son contenu — qui permet au juge d'apprécier la capacité à consentir du testateur à l'aune de ce qui caractérise ou de ce qui distingue ce testateur.

113. *Club optimiste de Bromptonville Québec inc. c. Québec (Curateur public)*, préc., note 32, par. 16; *Gauthier c. Gauthier*, préc., note 112, par. 229-231; *Généreux c. Forgues (Succession de)*, préc., note 112, par. 21, 40, 79; *Jean c. Lavoie*, [1999] n° AZ-99026178 (C.S.); *Paré c. Huot (Succession de)*, [2005] n° AZ-50320773 (C.S.) (confirmé en appel 2007 QCCA 517).

114. *Girard c. Cloutier*, préc., note 112; *Beaulieu (Succession de)*, préc., note 96; *Bergeron (Succession de)*, préc., note 86; *Clark (Succession de)*, préc., note 49; *Côté c. Blouin*, 2009 QCCS 5182; *Généreux c. Forgues (Succession de)*, préc., note 112; *Lalonde c. Tremblay*, [1999] n° AZ-99026516 (C.S.); *Malouin c. Hubert*, préc., note 96.

115. *Beaulieu (Succession de)*, préc., note 96, par. 4, 44, 58 et suiv.; *Laprade c. Joumard*, préc., note 112, p. 2-4, 8 (C.S.); *McDermid c. Howman-Trainor*, préc., note 95, par. 15, 34, 44-47; *Michaud c. Marceau*, [1994] n° AZ-94021096, J.E. 94-296 (C.S.) (confirmé en appel [1997] n° AZ-50073637 (C.A.)); *Overland c. Tompkins*, [1998] J.Q. n° 2194, par. 7-12 (C.S.); *Paquin c. Trottier*, préc., note 46; *Poitras c. Demedovitch*, [1998] J.Q. n° 2345, par. 86, 92 (C.S.); *Rhéaume c. Rhéaume*, préc., note 77.

CONCLUSION

71. Malgré les changements apportés dans le texte du Code civil, l'analyse que nous avons faite de la jurisprudence révèle que la « capacité de tester » est demeurée la même devant les tribunaux : d'une part, dans sa définition, d'autre part, dans son appréciation.

72. Pour être « capable de tester », le testateur doit toujours être apte juridiquement, tout en étant apte à consentir, ces deux conditions étant cumulatives. Si l'appréciation de la capacité ou de l'aptitude juridique du testateur pose généralement peu de difficultés, la situation se complique dès lors qu'il est question de son aptitude à consentir. La tâche du tribunal est d'autant plus lourde que certaines personnes qui contestent le testament au motif d'absence « de volonté » du testateur souhaitent, en fait, faire annuler le testament parce qu'elles sont insatisfaites « des volontés » manifestées par ce dernier.

73. À propos de l'aptitude à consentir, des auteurs rapportent :

Un relevé de la littérature sur les recherches effectuées au cours des deux dernières décennies dans divers pays occidentaux portant sur l'évaluation de l'aptitude des personnes souligne le fait qu'il n'existe à ce jour aucun critère clair et généralement reconnu pour la détermination de l'aptitude à prendre une décision. De plus, les instruments d'évaluation généralement employés ne seraient pas suffisamment précis pour offrir un meilleur reflet de l'aptitude fonctionnelle de la personne. (nous soulignons)¹¹⁶

74. Puisqu'aucun critère n'est « parfait », il est rassurant de constater que les juges québécois ne se limitent pas aux seuls éléments de preuve relatifs aux caractéristiques personnelles et à l'état de santé du testateur, que ces éléments proviennent de témoignages « profanes », de témoignages de spécialistes

116. É. DELEURY, D. GOUBAU, préc., note 7, par. 685, note 25, qui citent B. FRANK, « Réflexions éthiques sur la sauvegarde de l'autonomie », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Pouvoirs publics et protection*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 181, 193 et 197. Voir également Kenneth I. SHULMAN, « A Psychiatrist Examines Testamentary Capacity », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada : Estates*, Toronto, Carswell, 1996, p. 89, à la page 90.

du milieu de la santé ou de rapports médicaux et psychosociaux. Nous croyons que l'ensemble des éléments de preuve — qu'ils soient liés à des caractéristiques personnelles du testateur, à son état de santé, à la nature des dispositions testamentaires ou aux circonstances qui entourent la confection du testament — mérite d'être considéré.

75. La preuve de l'état physique et mental du testateur est, sans conteste, nécessaire pour juger de son aptitude à consentir, mais il ne doit pas s'agir de l'unique élément apprécié par le tribunal. En effet, même si aucun contenu testamentaire précis ni aucune circonstance particulière ne permettent de conclure à l'aptitude ou à l'inaptitude à consentir du testateur, l'examen de ces éléments demeure utile.

76. On sait que « l'état général » du testateur est souvent établi grâce à des témoignages qui proviennent de différentes sources. Si les témoignages des proches peuvent s'opposer en fonction de leurs intérêts divergents, les témoignages des spécialistes du milieu de la santé — ou leurs rapports — peuvent aussi être contradictoires¹¹⁷. Puisque tous ces témoignages ou ces rapports ne peuvent être synonymes de « vérité »¹¹⁸, la nature des dispositions et les circonstances entourant la confection du testament peuvent se révéler d'une aide précieuse pour trancher le débat¹¹⁹. Rappelons d'ailleurs que le législateur invite expressément le tribunal à apprécier ces éléments lorsqu'il est question du testament du majeur en tutelle¹²⁰.

117. Comme le faisait observer la Cour suprême, « pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion ». Voir *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 46.

118. Des sociologues font valoir que la société moderne est construite de plusieurs vérités, car la représentation de la vérité diffère selon les discours. Par exemple, la vérité juridique n'est pas synonyme de vérité scientifique ou de vérité politique. Gunther TEUBNER, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », dans *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 1996, p. 193.

119. À ce sujet, le juge Bélanger expliquait : « toute la preuve testimoniale, que ce soit des témoins ordinaires ayant ou non un intérêt, des professionnels ayant gravité autour de la personne décédée, jusqu'aux experts livrant leurs opinions sur la question, doit être évaluée, puis mise en contexte » (nous soulignons). *Desharnais c. Mailloux*, préc., note 89, par. 18. Voir aussi *Guérin c. Guérin*, préc., note 110.

120. Art. 709 C.c.Q.; *supra*, 1.1 La capacité juridique.

77. Même si l'examen de la nature des dispositions testamentaires et des circonstances qui entourent la confection du testament ne peut garantir que le juge accédera à la « vérité » quant à l'aptitude à consentir du testateur, cet examen favorise néanmoins l'apparence de justice. En effet, on a vu que les juges évaluent ces éléments en conjonction avec les caractéristiques personnelles du testateur. Qui plus est, on a aussi vu que les juges cherchent à comprendre « l'intention du testateur » et ses motivations, avant de se prononcer quant à sa capacité à consentir. C'est ainsi que dans la mesure où le juge apprécie la cohérence du testament en fonction de ce qui caractérise ou de ce qui distingue le testateur, les volontés du testateur ont au moins le mérite d'être plausibles, à défaut de pouvoir toujours être qualifiées de « justes » par ses proches¹²¹.

78. En terminant, rappelons que certaines recommandations ont déjà été faites pour faciliter la preuve de l'aptitude à consentir du testateur devant le tribunal, même si on sait que, juridiquement, cette aptitude est présumée et que c'est plutôt l'incapacité à consentir qui doit être prouvée¹²². Par exemple, depuis plusieurs années, il est suggéré au notaire ou à l'avocat de requérir un certificat médical lorsqu'il reçoit le testament d'une personne dont il craint que l'aptitude à consentir soit remise en cause à la suite de son décès.

79. Certains ont également conseillé aux professionnels du milieu de la santé d'enregistrer sur bande audio ou vidéo les entrevues qu'ils font avec des patients, lorsque ces entrevues visent à évaluer l'aptitude de ce patient à signer un mandat¹²³. Pareille suggestion pourrait être faite lorsqu'il s'agit d'entrevues qui visent à établir la capacité à consentir pour rédiger un testament. Cette façon de faire pourrait

121. Au sujet de la conciliation entre le juste et le juridique, plus précisément de la « marge d'appréciation irréductible et nécessaire » des juges, Bergel écrit : « elle doit s'exercer pour choisir, dans le doute, entre des décisions également fondées en droit et fidèles à l'apparente réalité des faits, celle qui paraît la plus efficace, la plus praticable, la plus opportune, la plus compréhensible, la moins dangereuse... » Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, coll. Thémis, Paris, PUF, 2001, p. 368.

122. *Supra*, 1.2 La capacité à consentir.

123. Serge GAUTHIER, « Comment déterminer l'aptitude du mandant? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 71, aux pages 80 et 81.

même, éventuellement, permettre au juge de visualiser l'état général du testateur. Des enregistrements vidéo du *de cujus* ont, d'ailleurs, déjà été considérés par les tribunaux pour apprécier sa capacité à consentir¹²⁴.

80. On sait également qu'il existe différents tests qui visent à évaluer les capacités cognitives d'une personne et que ces tests sont fréquemment utilisés devant les tribunaux, le plus populaire étant le test de Folstein¹²⁵.

81. Sachant que le contexte qui entoure la confection du testament est pris en compte par les juges, il pourrait aussi s'avérer utile d'accumuler — du vivant du testateur — des éléments de preuve destinés à établir le contexte dans lequel le *de cujus* a pris la décision de rédiger un testament et celui dans lequel il a effectivement rédigé son testament.

82. De même, puisque la nature des dispositions testamentaires est examinée, il pourrait être avantageux de conserver des preuves établissant les motifs de certains legs susceptibles d'être contestés à la suite du décès¹²⁶. Ainsi, si un testateur exhérède l'un de ses enfants, il pourrait expliquer les raisons de son choix — par exemple, parce qu'il considère qu'il a avantagé cet enfant plus que les autres de son vivant —, que ce soit à l'intérieur de son testament ou dans un écrit distinct. De cette façon, une disposition testamentaire « inhabituelle » deviendrait compréhensible, eu égard aux

124. Un enregistrement vidéo de la défunte, un an après la rédaction de son testament, a été considéré par le juge dans l'affaire *Benoit c. Oeuvres de la Maison du Père*, 2006 QCCS 4855, par. 110 et 111. Le juge souligne que l'enregistrement montre l'« acuité sociale » de la *de cujus* et confirme le fait que cette dernière n'est « aucunement confuse ». C'est aussi le cas dans l'affaire *Borduas c. Borduas*, préc., note 77, par. 78-82 où, au contraire, l'enregistrement d'une réunion de famille qui a eu lieu peu de temps avant la rédaction des testaments contestés montre une personne « complètement perturbée », qui « n'avait plus toutes ses facultés ». Le juge qualifie l'enregistrement de « preuve extrêmement importante permettant au Tribunal de juger de l'état mental » de la *de cujus*.

125. Sur le rôle des médecins en matière d'évaluation de la capacité à consentir, selon l'ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, voir : [En ligne]. https://www.cmpa-acpm.ca/cmpapd04/docs/resource_files/infosheets/2002/pdf/com_is0226-f.pdf.

126. Dans *R.L. c. Champagne*, [2005] n° AZ-50353715 (C.Q.), par. 38, le juge explique : « Le notaire doit aussi prendre en considération la nature des dispositions testamentaires déclarées. S'agit-il de dispositions qui semblent sages et raisonnables ou qui représentent celles d'une personne judicieuse et équitable ou qui ne révèle rien d'étrange ou d'irrationnel ».

explications fournies par le testateur; plutôt que d'être perçue comme un indicateur d'un esprit troublé.

83. Enfin, une auteure américaine propose d'établir une présomption de « capacité de tester » dès que le testament avantage la famille du testateur¹²⁷. Nous ne croyons cependant pas qu'il faille aller si loin. En effet, la plupart des juges québécois qui doivent se prononcer quant à la capacité à consentir du testateur — notamment lorsque celui-ci exhérède sa famille — apprécient déjà la nature des dispositions testamentaires et les circonstances qui entourent la confection du testament. Qui plus est, leur appréciation a l'avantage de tenir compte des circonstances précises de chaque affaire, ainsi que des croyances, des valeurs et des sentiments de la personne dont le testament est contesté.

Christine Morin
Faculté de droit
Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck
1030, av. des Sciences-Humaines
Local 1119
Québec (Québec) G1V 0A6
Téléphone : 418 656-2131, poste 3987
Christine.Morin@fd.ulaval.ca

Note de l'auteure : Cet article a été réalisé à l'aide d'une subvention de la Fondation du Barreau du Québec, dans le cadre d'un projet de recherche financé par le Fonds québécois pour la recherche sur la société et la culture (FQRSC). L'auteure remercie le professeur Jacques Beaulne, qui a généreusement accepté de lire et de commenter cet article, dont elle assume l'exclusive responsabilité. Elle remercie également Jérôme Paradis et Émilie Le Huy, étudiant(e)s au baccalauréat en droit, pour leur collaboration à la recherche.

127. P. CHAMPINE, préc., note 99, 30, 43-46 et 73.