

## NOTES LEXICOGRAPHIQUES DU DICTIONNAIRE DE DROIT DES SUCCESSIONS : LIBERTÉ DE TESTER

David D'Astous and Hugo Métivier

Volume 123, Number 3, 2021–2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1095687ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1095687ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

D'Astous, D. & Métivier, H. (2021). NOTES LEXICOGRAPHIQUES DU DICTIONNAIRE DE DROIT DES SUCCESSIONS : LIBERTÉ DE TESTER. *Revue du notariat*, 123(3), 807–826. <https://doi.org/10.7202/1095687ar>

# NOTES LEXICOGRAPHIQUES DU DICTIONNAIRE DE DROIT DES SUCCESSIONS : LIBERTÉ DE TESTER

**David D'ASTOUS\* et Hugo MÉTIVIER\*\***

1. Notion *identitaire* du droit civil québécois. . . . . 810
2. Notion *structurelle* du droit québécois des successions . . 817

---

\* Diplômé du baccalauréat en droit de la Faculté de droit de l'Université McGill (B.C.L./J.D.) et chercheur au Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université McGill.

\*\* Notaire et directeur adjoint du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université McGill.



Dans la continuité de ses travaux lexicographiques dans les deux langues officielles, le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé est en voie d'achever sa nouvelle édition de dictionnaire bilingue dédié cette fois au droit des successions, le *Dictionnaire de droit privé – Les successions*<sup>1</sup>. À mi-chemin entre le dictionnaire ordinaire et l'encyclopédie, le Centre Crépeau a développé, au fil des éditions, un modèle lexicographique original par lequel sont mis en lumière le sens et la portée de la terminologie du droit civil québécois et les contextes juridiques, linguistiques et théoriques dans lesquels il se situe. Plus qu'une simple révision au fond des entrées du *Dictionnaire de droit privé* (2<sup>e</sup> éd.), la constitution des entrées de cette nouvelle édition s'inscrit dans l'esprit de spécialisation qui sous-tend le renouvellement des Dictionnaires.

En marge de ces ouvrages, le Centre Crépeau propose des notes lexicographiques dont le but premier est de préciser le contenu des entrées. Ces notes sont également l'occasion de partager le cheminement effectué par l'équipe du Centre dans ses réflexions suscitées par la confection de ces entrées. La rédaction d'une note sur la liberté de tester est vite parue nécessaire au regard de son importance dans l'ordre juridique québécois. Élément distinctif et original du droit civil québécois, la liberté de tester constitue une assise fondamentale du droit des successions. *Fondamentale* parce qu'elle en détermine les principes et la structure en donnant préséance à la dévolution testamentaire des biens, malgré les tempéraments qui lui ont été apportés. *Originale* en ce que l'introduction de la liberté de tester au Québec est l'un des points de rencontre les plus remarquables entre le droit civil et la common law au sein du droit civil québécois et illustre la mixité qui le constitue<sup>2</sup>.

1. Ce projet a bénéficié du support financier du Fonds d'appui à l'accès à la justice dans les deux langues officielles, un programme du ministère de la Justice du Canada et de Jeunesse Canada au travail. Les auteurs sont redevables aux professeur.e.s Anne-Sophie Hulin, Christine Morin et Lionel Smith, ainsi qu'à Étienne Cossette-Lefebvre pour leurs précieux commentaires.
2. La littérature récente fait abondamment état de cette mixité, certains auteurs préférant toutefois à cette notion celle de l'hybridité : William TETLEY, « Mixed jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified) », (2000) 60:3 *La. L. Rev.* 677; Daniel JUTRAS, « Regard sur la common law au Québec : Perspective et cadrage », (2008) 10 *R.C.L.F.* 311; Daniel JUTRAS, « Cartographie de la (à suivre...)

Forte de ces éléments, la liberté de tester est porteuse d'un double aspect, à savoir qu'elle constitue à la fois une notion *identitaire* du droit civil québécois (1) et une notion *structurelle* du droit québécois des successions (2). L'équipe du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé s'est ainsi attachée à éclairer ce double aspect de la liberté de tester dans l'entrée lexicographique reproduite à l'issue de la présente note.

## 1. Notion *identitaire* du droit civil québécois

Au début de l'époque coloniale, aucun système juridique uniforme ne régit les affaires civiles de la Nouvelle-France, les colons ayant continué de s'en remettre aux coutumes qu'ils avaient connues en France<sup>3</sup>. En 1664, le roi Louis XIV introduit le droit français dans la colonie en promulguant l'Édit de création de la Compagnie des Indes occidentales, dont l'article 33 fait de la Coutume de Paris l'unique source formelle du droit privé en Nouvelle-France<sup>4</sup>. Sous la Coutume de Paris, le droit des successions avait comme finalité première la transmission de l'héritage au sein de la famille lignagère, laquelle donnait à la propriété tout son sens<sup>5</sup>. Il en résulta la préséance de la succession légale, laquelle était garantie par les mécanismes de la réserve et de la légitime<sup>6</sup>.

À la suite de la Conquête britannique, la Couronne exigea, par la *Proclamation royale* de 1763, l'usage du droit privé anglais devant

---

(...suite)

mixité : La common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88:2 R. du B. can. 247; Michel MORIN, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », (2012) 57:4 R.D. McGill 645; Mélanie SAMSON, « Le droit civil québécois : exemple d'un droit à porosité variable », (2019) 50 R.D. Ottawa 255.

3. Voir BA TESTARD DE MONTIGNY, *Histoire du droit canadien*, t. 1, Montréal, Eusèbe Senécal, 1869, p. 3-5; Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, t. 1, Montréal, Librairie de droit et jurisprudence, 1888, p. 139.
4. Art. 33, *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi, concernant le Canada*, Québec, P.E. Desbarats, 1803, p. 37.
5. Jean CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 384.
6. La réserve des quatre quintes des propres sauvegardait les quatre cinquièmes des biens propres – à savoir les biens paternels et maternels – en faveur des héritiers ou à leur défaut aux ascendants et collatéraux de chaque ligne. Lorsque la réserve ne pouvait trouver application, la légitime garantissait aux descendants une fraction du patrimoine du *de cuius* correspondant à la moitié de la part successorale qu'ils auraient reçue si celui-ci n'avait pas disposé autrement de ses biens : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, par Pierre RAYNAUD, Paris, Sirey, 1983, n<sup>os</sup> 11-12, p. 8-9.

les tribunaux nouvellement constitués de la province de Québec, encore que le pouvoir en équité des juges de la Cour des plaidoyers communs – cour inférieure de l'époque – laissa place à l'application des lois et des coutumes françaises<sup>7</sup>. L'agitation causée par l'imposition des lois anglaises, le refus des habitants de s'y conformer et l'incertitude sur le droit applicable dans la colonie conduisent à la solution contenue dans l'*Acte de Québec*<sup>8</sup>.

Cette loi impériale édictée en 1774 rétablit le droit coutumier français comme source du droit privé dans la province de Québec (art. VIII), mais introduit une dérogation importante à ce régime en la forme anglaise de tester et la liberté de tester (art. X). Or, le pouvoir absolu du *de cuius* de disposer librement de ses biens, issue de la common law anglaise, était en contradiction avec les mécanismes de la réserve et de la légitime du droit coutumier, qui protégeaient la famille lignagère contre l'exhérédation<sup>9</sup>. La liberté de tester fut néanmoins accueillie avec enthousiasme dans la province. Il existait jusqu'alors une certaine contradiction, dit-on, entre les aspirations juridiques et les mœurs individualistes des habitants et la conception lignagère de la propriété aux fondements du droit coutumier en vigueur sous le régime français<sup>10</sup>.

L'introduction de la liberté de tester dans le droit de la province ne pouvait cependant être faite sans heurts. Les efforts du législateur impérial ne suffirent pas à en assurer l'application, car des doutes subsistaient quant à la portée qu'il convenait d'accorder au texte de l'*Acte de Québec* notamment au regard des règles incompatibles déjà existantes<sup>11</sup>. Pour mettre fin à cette incertitude, l'Assemblée

- 
7. Voir W.R.D. RIDDELL, « The First Court of Chancery in Canada », (1922) 2 *BUL. Rev.* 231; Arnaud DECROIX, « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56:3 *R.D. McGill* 489; Michel MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 », (2014) 44:2-3 *R.D.U.S.* 259.
  8. *Acte qui règle plus solidement le gouvernement de la province de Québec en Amérique septentrionale (Acte de Québec)*, 14 Geo. III, c. 83. Voir aussi André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 », (1960) 20:2 *R. du B.* 53; Hilda NEATBY, *The Quebec Act: Protest and Policy*, Scarborough, Prentice-Hall of Canada, 1972, p. 12-30.
  9. J.-M. BRISSON, « Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990) », dans *Recueils de la Société Jean Bodin, vol. LXII, Actes à cause de mort – Acts of Last Will*, t. 4, Bruxelles, De Boeck, 1994, 277, à la p. 280.
  10. Mireille D. CASTELLI, « L'évolution du droit successoral en France et au Québec », (1973) 14 *C. de D.* 411, 414.
  11. Jean-Claude PLOURDE, « Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du *Code civil* », (1956) 2:2 *C. de D.* 120, 131-133.

législative du Bas-Canada édicta en 1801 une loi confirmant l'abrogation des mécanismes coutumiers de la réserve et de la légitime ainsi que des incapacités de donner et de recevoir en matière testamentaire<sup>12</sup>. Le testament subit alors une profonde transformation : il ne constitue plus un simple moyen de disposer de la quotité disponible, mais permet, outre la transmission à cause de mort de l'ensemble de l'hérédité, d'instituer des héritiers au même titre que ceux qui ont vocation à recueillir une succession *ab intestat*, soit à leur exclusion ou en leur concours<sup>13</sup>. Auparavant inconnue du droit coutumier, la notion même de succession testamentaire, réglée *tout entière* selon la volonté du *de cuius*, fait son apparition<sup>14</sup>.

Avant la codification, deux régimes distincts par leur origine régissent donc le droit des successions dans la province. D'une part, la liberté de tester et la forme anglaise de tester, calquées sur le droit anglais, sont consacrées par la loi. D'autre part, le droit coutumier hérité du droit français continue de régir la dévolution *ab intestat*, c'est-à-dire à titre supplétif, et les libéralités entre vifs. Cette situation persiste alors même que la Coutume de Paris avait été abolie en France avec l'entrée en vigueur du Code Napoléon, en 1804, dans lequel ne figure d'ailleurs aucune mention de la succession testamentaire<sup>15</sup>. Ces rapports de divergence avec le droit français, enclenchés sous l'impulsion de l'Acte de Québec, confèrent donc au droit civil québécois une personnalité qui lui est propre et à laquelle d'aucuns ont pu s'attacher. Le droit civil québécois suit dès lors une trajectoire distincte du droit français.

Parmi les différences retenues en 1866 par les codificateurs entre le droit nouveau et le Code Napoléon, duquel ils tirèrent inspiration<sup>16</sup>, se trouve la « liberté de tester de tous ses biens et en faveur

---

12. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo III, c. 4.

13. Armand LAVALLÉE, « Diverses espèces de successions », (1928) 31 R. du N. 52, 53-54.

14. André MOREL, « L'apparition de la succession testamentaire : réflexions sur le rôle de la jurisprudence au regard des codificateurs », (1966) 26 R. du B. 499.

15. Lionel SMITH, « Intestate Succession in Quebec », dans Kenneth REID, Marius DE WAAL et Reinhard ZIMMERMAN, *Intestate succession*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 55.

16. Voir John EC BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification », (1968) 14:4 R.D. McGill 521; Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, « Du Code civil du Bas Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans H. Patrick GLENN, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 63.

de toutes personnes »<sup>17</sup>. Le *Code civil du Bas Canada* ne retient aucun mécanisme de protection de la famille lignagère établi en droit français et supprime ceux qui persistent dans le droit existant en matière de libéralités. L'unification du droit en matière de dispositions à titre gratuit témoigne de l'influence qu'a pu exercer la liberté de tester sur des institutions voisines, « l'esprit libéral » introduit en matière testamentaire ayant pénétré, après un certain temps, l'ensemble du droit des successions<sup>18</sup>. Le testateur se trouve en effet épargné de restrictions, telles que l'interdiction des libéralités substitutives et surtout la réserve, lesquelles demeurent dans le Code Napoléon<sup>19</sup>. Au titre de l'article 831, le Code civil consacre la liberté de tester en des termes absolus en l'exemptant de « toutes réserve, restriction ou limitation » outre l'ordre public et les bonnes mœurs, ce que confirme d'ailleurs l'expression « liberté absolue de tester » employée à l'article 839 C.c.B.C.

Dans les années suivant la codification se dégage, par l'œuvre des commentateurs, un phénomène d'appropriation de la liberté de tester. On considère, d'une part, que le pouvoir absolu de disposer de ses biens est le prolongement du caractère absolu de la propriété privée et en facilite la transmission<sup>20</sup>. L'autonomie de la volonté et la liberté individuelle, au cœur des dispositions du *Code civil du Bas Canada*, justifient que toute personne puisse librement disposer

- 
17. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 150.
  18. André MOREL, « Un exemple de contact entre deux systèmes juridiques : le droit successoral du Québec », (1963) 4-5 *Ann. U. Poitiers* 1, 6.
  19. Ces deux mécanismes s'ajoutent à la prohibition des pactes sur succession future comme règles formant en droit français l'ordre public successoral : Cécile PÉRÈS et Christophe VERNIÈRES, *Droit des successions*, Paris, Presses universitaires de France, 2018, n° 291, p. 305-306. Sans écarter complètement ces mécanismes, la réforme récente du droit des successions en France marque une certaine rupture avec le principe du Code Napoléon en élargissant le champ dans lequel le testateur peut exercer sa volonté : Marcel BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral – Réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », dans Olivier CACHARD et Xavier HENRY (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 1.
  20. Voir Pierre BOUCHERDE LA BRUÈRE, « Le droit de tester », (1868) 5 *Revue canadienne* 321; Édouard LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas-Canada*, 1<sup>re</sup> éd., Montréal, C.O. Beauchemin, 1866, p. VIII et XX-XXI; Thomas Jean Jacques LORANGER, *Commentaires sur le Code civil du Bas Canada*, t. 1, Montréal, Minerve, 1873, p. 36-37; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théoret, 1899, p. 236. Voir également Thomas-Louis BERGERON, « De la liberté de tester », dans *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, p. 675.

de ses biens par donation et par testament sans s'embarrasser d'aucune considération familiale ou sociale<sup>21</sup>. Certains ont d'ailleurs affirmé que le choix des codificateurs de consacrer la liberté de tester en termes absolus était conforme aux mœurs et à la mentalité de l'époque<sup>22</sup>. D'autre part, un sentiment d'attachement envers cette institution étrangère se développe par extension au respect que l'on porte au Code civil dans son ensemble. La liberté de tester est alors « perçue comme une partie d'un tout que représente le Code civil, code que bon nombre de Canadiens français se sont approprié à titre de symbole identitaire »<sup>23</sup>.

La liberté de tester a même pu influencer le développement de certaines règles propres à la succession *ab intestat*. À l'aube du *Code civil du Bas Canada*, le titre d'héritier régulier repose avant tout, en l'absence d'un testament, sur les liens de parenté du *de cuius*, à l'exclusion donc de l'époux survivant, qui ne pouvait accéder à la succession qu'en l'absence totale de parent<sup>24</sup>. Ce n'est qu'en 1915, par l'entremise de l'article 5 de la *Loi Pérodeau*, modifiant certaines dispositions du *Code civil du Bas Canada*, que l'époux survivant a pu accéder au statut d'héritier régulier au même titre que les parents du *de cuius*<sup>25</sup>. Le législateur a en cela préféré la pratique testamentaire à la règle de l'exclusion de l'époux survivant, issue du droit coutumier, qui faisait de la volonté présumée du *de cuius* un souci de conservation des biens à l'intérieur de la famille. Cette dernière institution, fondée sur une conception lignagère de la propriété, était en tension avec la pratique voulant que les époux s'instituent réciproquement légataires dans leur contrat de mariage ou leur testament respectif<sup>26</sup>. L'entrée de l'époux survivant dans le

---

21. Voir Louis PERRET, « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », (1989) 20:4 R.G.D. 719, 723.

22. Joseph SIROIS, « Liberté de tester – quotité disponible – partage », dans *Le droit civil français, Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, Montréal, Le Barreau de Montréal, 1936, p. 226.

23. Voir Christine MORIN, « La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », (2008) 38:2 R.D.U.S. 339, 382.

24. L'époux survivant marié ne venait à la succession qu'à défaut de parent jusqu'au douzième degré. Lorsque la communauté des biens était peu considérable, les biens pouvaient donc parfois aller à des parents éloignés aux dépens de l'époux survivant : Joseph SIROIS, « Droit du conjoint survivant à la succession du conjoint prédécédé », (1915-16) 18 R. du N. 353, 354; Paul PAQUETTE, « De la loi Pérodeau », (1919-20) 22 R. du N. 23, 27.

25. *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74.

26. Joseph-Edmond ROY, « Du conjoint survivant », (1905) 8 R. du N. 33, 38.

cercle des héritiers réguliers constitue donc une modification importante des règles de la dévolution *ab intestat* et l'aligne d'autant sur la volonté du *de cuius* en faisant prévaloir ses sentiments d'affection dans l'organisation de la dévolution successorale<sup>27</sup>.

La perception de la liberté de tester se transforme cependant avec le temps. Il fut d'abord noté un décalage entre le caractère absolu du pouvoir conféré au testateur par le Code civil et la pratique, la plupart s'abstenant d'en user<sup>28</sup>. Puis, l'évolution rapide de la société québécoise et les changements dans l'ordre familial qui en découlent font craindre l'abus de la liberté de tester. Dès les années 1930, et en particulier durant les années 1950, il fut reproché aux tribunaux de ne pas avoir porté suffisamment attention aux mots « sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs » employés à l'article 831 C.c.B.C. en admettant la validité de certains legs jugés abusifs. L'une des illustrations les plus nettes d'un tel abus se trouve, selon plusieurs auteurs de l'époque, dans l'exhérédation de la famille dite « légitime », dont le legs en faveur des enfants adultérins ou d'une concubine fait aux dépens de l'épouse et des enfants légitimes participe. Une interprétation *proprement civiliste* de l'article 831 C.c.B.C. exigerait plutôt que les juges exercent un contrôle des dispositions testamentaires et concluent à la nullité de ces legs jugés contraires à la morale<sup>29</sup>.

Devant la prudence des tribunaux à adopter une telle démarche et le constat de ses insuffisances pour atténuer les situations de vulnérabilité qui découlent de l'exhérédation, la controverse se

- 
27. Camille CHARRON, « Le conjoint survivant et la succession légitime en droit québécois », (1978) 8 *R.D.U.S.* 197, 207, 232 et 259.
28. Francis R. SCOTT, « The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes », dans Barreau du Québec, *Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français*, Paris, Sirey, 1936, p. 177, à la p. 178; Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 1088 et 1133; André MOREL, « La liberté testamentaire face aux intérêts patrimoniaux de la famille légitime », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, p. 643, à la p. 649.
29. Joseph-Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Excelsior, 1933, nos 2-3, p. 2-3; Édouard FABRE-SURVEYER, « Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil », (1953) 13 *R. du B.* 245; Gertrude WASSERMAN, « Article 831 C.C.: The Problem of Amendment », (1955) 2 *R.D. McGill* 23; André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.

transpose rapidement sur le terrain de la réforme législative<sup>30</sup>. D'aucuns se sont rangés derrière la recommandation formulée par la Commission des droits civils de la femme des décennies plus tôt – dans un rapport déposé en 1930<sup>31</sup> – de conférer à la femme et aux enfants un droit de créance alimentaire contre le légataire universel ou à titre universel du mari, du père ou même de la mère, plutôt que de restreindre directement la liberté de tester par la réserve ou la légitime<sup>32</sup>. D'autres ont au contraire souhaité voir réintroduits ces mécanismes en droit civil québécois<sup>33</sup>. Dans ses travaux présentés en 1976, l'Office de révision du *Code civil du Québec* s'est quant à lui prononcé en faveur tant de la réserve héréditaire que de la survie de l'obligation alimentaire, faisant ainsi flèche de tout bois<sup>34</sup>.

Après des débats qui se sont étalés sur plus d'une décennie, plusieurs projets de réformes et quelques hésitations quant au mécanisme à retenir pour mieux protéger la famille au décès du *de cuius*, le législateur s'est arrêté sur la survie de l'obligation alimentaire et les règles sur le partage du patrimoine familial<sup>35</sup>. Ces

- 
30. Voir Louis PRATTE, « L'intervention législative et la liberté de tester : la leçon du droit comparé », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 119, à la p. 122.
  31. On considère que le régime matrimonial de la communauté des biens présente une forme suffisante de protection de l'époux survivant lorsque suppléé par la survie de la créance alimentaire : Commission des droits civils de la femme, 2<sup>e</sup> rapport, p. 25-27, et 3<sup>e</sup> rapport, p. 5-6.
  32. Voir Louis-Philippe PIGEON, « Nécessité de restreindre la liberté de tester », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, p. 667, à la p. 674; Michel LÉGARÉ, « La liberté absolue de tester : un principe à réviser », (1975) 78:5 *Rev. Notariat* 218; Danielle BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149, 180.
  33. Voir Jean TURGEON, « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », (1955) 15 *R. du B.* 204; Louis BAUDOUIN, « La famille face à un code moderne », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 49, à la p. 61; Mireille D. CASTELLI, « Le droit successoral et la création de mécanismes de protection de la famille; Éléments de réflexion : fondements et conséquences », (1984) 86 *R. du N.* 340, 371; Roger COMTOIS, « Liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire », (1986) 88:9-10 *R. du N.* 500.
  34. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 242-243.
  35. Sur ces débats, ses acteurs et les différents projets de réforme proposés par le législateur, voir Germain BRIÈRE, « Liberté de tester, réserve héréditaire ou (à suivre...) »

mécanismes sont entrés en vigueur en 1989, alors consacrés bien que temporairement aux articles 607.1-607.11 C.c.B.C, et ont conduit aux dispositions contenues dans le *Code civil du Québec*<sup>36</sup>. Le choix du législateur d'écarter la réserve héréditaire et la légitime pour adopter de tels mécanismes n'est pas anodin en ce qu'il épargne la liberté de tester de toute restriction *directe*. Une telle solution préserve la structure fondamentale du droit québécois des successions et les spécificités qui lui sont propres en évitant de faire violence à l'autonomie de la volonté du testateur.

Cette solution témoigne également de ce que la liberté de tester a pu devenir avec le temps une institution fondamentale, voire un élément *identitaire*, du droit civil québécois, qu'il est apparu nécessaire de conserver. Le sentiment d'attachement manifesté à son endroit a nul doute contribué à orienter la réforme du droit des successions sur le terrain de l'ordre public familial plutôt que sur celui de mécanismes successoraux particuliers comme la réserve et la légitime<sup>37</sup>. Cette originalité confère au droit civil québécois une texture qui lui est propre et reflète la mixité qui le constitue. Sans perdre de vue les profondes transformations qu'a subies le droit québécois des successions par suite de l'Acte de Québec, aussi faut-il souligner l'intégration qu'a pu subir au rebours la liberté de tester, à l'origine étrangère au système de droit civil. La place incontestable que lui ont réservée les codificateurs, tant dans le *Code civil du Bas Canada* que le *Code civil du Québec*, au sein du droit des successions en fait foi<sup>38</sup>.

## 2. Notion *structurelle* du droit québécois des successions

La liberté de tester constitue une assise fondamentale du droit québécois des successions : elle en détermine les principes et la structure. Du fait de la liberté de tester, la volonté du testateur, et

---

(...suite)

créance alimentaire », (1986) 88:9-10 *R. du N.* 469; du même auteur, « L'évolution du droit des successions dans ses rapports avec la famille », (1988) 19 *R.G.D.* 339.

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

37. Christine MORIN, « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », (2008) 42:2 *R.J.T.* 417.

38. Alexandra POPOVICI et Lionel SMITH, « Freedom of Testation and Family Claims in Canada », dans Kenneth Reid MARIUS, Johannes De Waal et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *Comparative Succession Law Vol. III: Mandatory Family Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 507, aux p. 512-513.

non la loi, est la source première de la dévolution successorale. Il en découle que les règles de la dévolution *ab intestat* visent à établir la volonté présumée du *de cuius* en l'absence de testament et reposent donc sur ses affections présumées<sup>39</sup>. L'article liminaire du livre *Des successions* pose d'emblée la préséance des dispositions testamentaires sur les règles de la dévolution *ab intestat*, instaurant ainsi une hiérarchie entre celles-ci et celles-là (art. 613, al. 2 C.c.Q.). De même l'article 653 C.c.Q. prévoit-il que les règles de la dévolution *ab intestat* s'appliquent en l'absence de « dispositions testamentaires autres ». La succession *ab intestat* est en cela astreinte à un rôle purement supplétif<sup>40</sup>.

On peut se surprendre de ce que l'expression « liberté de tester » n'est pas employée comme telle dans le *Code civil du Québec*. Seule l'expression « faculté de tester » est employée par le législateur et se retrouve à l'article 706 C.c.Q. Il faut en revanche se garder de voir en ces deux expressions des synonymes. La faculté de tester est plus étroite et renvoie *au choix* du *de cuius* d'exercer ou non son pouvoir de disposer; la liberté de tester est plus large et renvoie au caractère inconditionné de ce pouvoir, c'est-à-dire le *large éventail de choix* que celui-ci permet<sup>41</sup>. Or, la prohibition d'abdiquer sa faculté de tester établie à l'article 706 C.c.Q. vise à préserver l'autonomie de la volonté du testateur et trouve donc sa source dans la liberté de tester. Cette règle signifie que le testateur ne peut renoncer d'aucune façon à son pouvoir de disposer de ses biens que ce soit par testament conjoint (art. 704, al. 2 C.c.Q.) ou par pacte sur succession future<sup>42</sup>. À ce titre, la nullité de la donation entre vifs consentie durant la maladie réputée mortelle du donateur (art. 1820 C.c.Q.) et de la donation à cause de mort faite en dehors du contrat de mariage (art. 1840, al. 2 C.c.Q.) assurent que le *de cuius* ne puisse se dépouiller irrémédiablement de ses biens<sup>43</sup>. Toute disposition testa-

39. Albert MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1971, n° 3, p. 4.

40. Jacques AUGER, « Livre troisième : des successions », dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT, *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 100.

41. Sur la distinction entre faculté et liberté, voir Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, n° 19, p. 138; Pierre BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 60, p. 52; Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2016, p. 211, n° 190.

42. Voir aussi, quant au pacte sur la succession d'autrui, la prohibition consacrée à l'article 631 C.c.Q.

43. C.M.J., t. 1, p. 1142.

mentaire a en effet pour avantage d'être révocable, à l'inclusion de la donation à cause de mort prévue au contrat de mariage (art. 1841 C.c.Q.), laquelle se retrouve assimilée à une disposition testamentaire aux fins de la dévolution successorale (art. 613, al. 2 C.c.Q.)<sup>44</sup>.

C'est également en ce sens que le formalisme testamentaire sert à préserver le pouvoir du *de cuius* de disposer librement de ses biens. Le testament est et demeure, au sein des dispositions du *Code civil du Québec*, un instrument de *traduction* des dernières volontés du *de cuius*<sup>45</sup>. Les formes prévues par la loi ont pour vocation de garantir que ses dernières volontés soient résolues, c'est-à-dire en l'empêchant d'agir à la hâte<sup>46</sup>. Il ne faut pas en conclure pour autant que le législateur a voulu imposer un fardeau onéreux au testateur dans la mise en œuvre de sa liberté de tester. Au contraire, le Code prévoit une forme de testament dont les conditions sont simples, à savoir le testament olographe, lequel doit seulement être écrit et signé par le testateur (art. 726 C.c.Q.). Et, lorsqu'un testament n'est pas valable sous une forme, il peut valoir sous une autre s'il en respecte les conditions (art. 713 C.c.Q.). L'article 714 C.c.Q. permet en outre aux tribunaux de valider, à certaines conditions, un testament olographe ou devant témoins entaché d'un vice de forme. En édictant cette disposition, qui ne trouvait aucun équivalent dans le *Code civil du Bas Canada*, le législateur a voulu favoriser la volonté du testateur en allant jusqu'à la faire prévaloir sur le formalisme testamentaire dans les cas où il n'existe pas de doute sur la portée de l'écrit, renforçant d'autant la liberté de tester<sup>47</sup>.

---

44. Les époux peuvent stipuler l'irrévocabilité de la donation à cause de mort au contrat de mariage. La donation pourra néanmoins être révoquée par le commun accord des époux (art. 1841 C.c.Q.). Une telle disposition n'est donc jamais *absolument irrévocable*. Ceci correspond à un certain décalage par rapport à la règle anciennement prévue à l'article 1061 du *Code civil du Bas Canada* suivant laquelle la donation à cause de mort ayant été stipulée irrévocable ne pouvait être révoquée. Le législateur aurait donc d'autant renforcé la liberté de tester : Générosa Bras MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 99 et s.

45. Voir Christine MORIN, « Le testament : instrument de traduction », dans Alexandra POPOVICI, Lionel SMITH et Régine TREMBLAY, *Les intraduisibles en droit civil* 103, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 103.

46. Jacques BEAULNE et Christine MORIN, *Droit des successions*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 281, n<sup>o</sup> 788.

47. C.M.J., t. 1, p. 252.

Sans consacrer l'expression « liberté de tester », l'article 703 C.c.Q. en pose néanmoins le principe : « 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. » Cette disposition consacre le pouvoir du *de cuius* de disposer de l'ensemble de ses biens en faveur de quiconque et dans les conditions de son choix. *De l'ensemble de ses biens*, parce que la liberté de tester s'étend à tous les biens sans distinction de leur origine ou de leur nature (art. 614 C.c.Q.) et que la volonté du testateur ne connaît aucune réserve<sup>48</sup>. *En faveur de quiconque*, car le pouvoir absolu du *de cuius* de choisir ses successeurs est une caractéristique essentielle, voire une condition de possibilité, de la liberté de tester telle qu'on la connaît. Celle-ci distingue en effet le droit québécois des successions des autres systèmes civilistes contemporains, où la dévolution successorale prend son fondement dans les devoirs de famille – d'où vient la réserve héréditaire – et est déterminée impérativement par la loi<sup>49</sup>. Or, sous l'article 703 C.c.Q., le *de cuius* peut choisir non seulement à qui seront transmis ses biens, mais aussi à l'exclusion de qui ces biens seront transmis. L'exhérédation est donc une avenue que la liberté de tester offre au *de cuius*, même dans les cas où elle peut paraître injuste ou déraisonnable<sup>50</sup>. Il en découle, d'une part, que chacun est habilité à recevoir par testament (art. 617 et 618 C.c.Q.)<sup>51</sup>. Et, d'autre part, qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les héritiers *ab intestat* et les légataires universels et à titre universel, lesquels se retrouvent assimilés aux héritiers quant à leurs droits et leurs obligations (art. 738 C.c.Q.) ou la saisine de leurs biens (art. 625 C.c.Q.). *Dans les conditions de son choix*, puisque le *de cuius* peut assortir un legs de différentes modalités, dont un terme (art. 747 C.c.Q.), une charge ou encore une condition

---

48. Il convient cependant de noter que certaines lois à caractère social prévoient le paiement d'indemnités ou de prestations de décès, mais que celles-ci sont versées directement aux bénéficiaires désignés par ces lois, c'est-à-dire hors succession, et donc non pas selon la volonté du *de cuius* : voir par exemple *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, RLRQ, c. R-15.1, art. 87, 88 et 264; *Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ, c. A-25, art. 60 et s.; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, art. 91.1 et s.; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, RLRQ, c. R-9, art. 168; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ, c. I-6, art. 7.

49. Voir Donovan WATERS, « Invading the Succession on Behalf of the Family – Europe, Common Law Canada and Quebec », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 71.

50. *Larocque c. Gagnon*, 2016 QCCA 1237, par. 88 (j. Kasirer).

51. Germain BRIÈRE, *Les successions*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, n<sup>os</sup> 76-77.

(art. 750 et 751 C.c.Q.). C'est ainsi que la succession testamentaire est réglée tout entière selon la volonté du *de cuius*.

Le testateur n'est cependant pas au-dessus de la loi et ne jouit pas d'une latitude sans borne dans l'expression de ses dernières volontés. Celles-ci demeurent soumises aux exigences de l'ordre public. Seules les dispositions expresses de la loi peuvent mettre en échec la volonté exprimée du *de cuius*. Sous l'empire du *Code civil du Québec*, il n'est plus question de sauvegarder les « bonnes mœurs », comme c'était le cas sous le *Code civil du Bas Canada*, et, en ce sens, le testament ne peut être contrôlé sur la base de l'équité ou de la moralité – ce que les tribunaux se gardaient le plus souvent de faire même sous l'ancien droit, vu le respect accordé à la liberté de tester<sup>52</sup>. À cette affirmation, il faut apporter la nuance que pose la section *De la caducité et de la nullité des legs*, en particulier les articles 757 à 762 C.c.Q. L'article 757 C.c.Q. pose pour principe que « [l]a condition impossible ou contraire à l'ordre public est réputée non écrite ». Dans la même veine, l'article 13 de la *Charte des droits et libertés* prévoit que la disposition testamentaire « comportant une discrimination » est sans effet. Le testateur ne peut donc subordonner ses legs à la réalisation de conditions impossibles, discriminatoires, ou attentatoires aux droits fondamentaux de ses légataires<sup>53</sup>. Le législateur a également voulu prémunir le testateur contre l'abus que certaines situations de vulnérabilité peuvent engendrer en édictant l'inefficacité des legs consentis aux personnes qui peuvent être en conflit d'intérêts ou en mesure de l'influencer indûment (art. 759 à 761 C.c.Q.)<sup>54</sup>. Ces atteintes à la liberté de tester sont interprétées de manière restrictive par les tribunaux. Ceux-ci s'efforcent de donner aux dispositions de la loi un sens qui favorise l'efficacité des legs

---

52. *Ibid.*, n° 382.

53. L'inefficacité des clauses de célibat, de mariage ou de viduité (art. 757, al. 2 C.c.Q.) ou des dispositions attentatoires à la liberté de religion en sont les illustrations les plus évidentes : Albert MAYRAND, « Conflit de deux libertés : liberté de religion et liberté de tester », (1962) 65 *R. du N.* 383; Madeleine CANTIN CUMYN, « La liberté testamentaire et la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1981) 84 *R. du N.* 223; Brigitte LEFEBVRE, « De certaines atteintes à la liberté de tester en droit québécois », dans Philippe DUPICHOT, Marie GORÉ et Denis MAZEAUD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Paris, Defrenois, 2020, p. 583. Est également inefficace la clause pénale interdisant aux légataires de contester la validité du testament ou l'exhérédation prenant la forme d'une telle clause (art. 758 C.c.Q.).

54. À ce sujet, voir Christine MORIN, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit des successions : la capacité de tester et la captation sous le *Code civil du Québec* », (2020) 122:1 *R. du N.* 75, 90-97.

plutôt que leur inefficacité, en conformité avec la primauté de la volonté du testateur que suppose la liberté de tester<sup>55</sup>.

À ces limites imposées par l'ordre public s'ajoutent certains obstacles qui peuvent nuire à l'exécution des dernières volontés du *de cuius*<sup>56</sup>. Le législateur a en effet introduit la survie de l'obligation alimentaire et les règles sur le partage du patrimoine familial pour réduire les situations de vulnérabilité que peut engendrer l'exercice par le *de cuius* de sa liberté de tester. L'effet de ces mécanismes est de réduire la valeur réelle du patrimoine successoral<sup>57</sup>. Les règles sur contribution alimentaire *post mortem* confèrent aux créanciers alimentaires le droit de réclamer de la succession des aliments, même si celui-ci est héritier ou légataire particulier et si le recours n'a pas été exercé avant la date du décès (art. 684 C.c.Q.)<sup>58</sup>. De même, le partage en parts égales du patrimoine familial au décès du *de cuius* peut accroître son patrimoine, mais peut également le diminuer, auquel cas la succession devient débitrice du conjoint survivant (art. 809 C.c.Q.)<sup>59</sup>. Comme la prestation compensatoire peut être réclamée par le conjoint survivant même dans le cas du décès, ce mécanisme est également susceptible d'avoir un effet sur le patrimoine successoral (art. 427 à 430 C.c.Q. et 521.6 C.c.Q.). Or, le *de cuius* ne peut déroger à aucune de ces institutions, contrairement aux règles sur le régime matrimonial, lesquelles peuvent être choisies au courant de sa vie (art. 473 C.c.Q. et 521.8 C.c.Q.).

Il faut toutefois se garder de voir en ces institutions des limites *directes* à la liberté de tester, encore que celle-ci ait pu être qualifiée de « pratiquement illimitée »<sup>60</sup> ou même de « relative »<sup>61</sup> du fait de leur application. D'abord, le partage du patrimoine familial n'affecte en rien la dévolution successorale, puisque le conjoint survivant n'a droit qu'à la *valeur* du patrimoine familial et non à un droit réel sur

---

55. *Pépin c. Caisse*, 2009 QCCA 1697, par. 134-137 (J. Bich).

56. Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 367-369.

57. Voir Christine MORIN, « Les droits patrimoniaux du conjoint survivant et la masse successorale », (2003) 105:1 R. du N. 9, 76-85.

58. Parmi les créanciers alimentaires se trouvent notamment les ascendants et les descendants au premier degré et le conjoint survivant, c'est-à-dire l'époux ou le conjoint civil à l'exclusion cependant du conjoint de fait (art. 585 C.c.Q.).

59. La dissolution du mariage ou de l'union civile par suite du décès du *de cuius* (art. 516 et 521.12 C.c.Q.) entraîne le partage du patrimoine familial.

60. *G.B. c. Si.B.*, 2015 QCCA 1223, par. 35 (J. Doyon).

les biens qui le forment (art. 416 C.c.Q. et 521.6 C.c.Q.). Ensuite, la prestation compensatoire et la contribution alimentaire *post mortem* ne garantissent pas, à qui que ce soit, le droit de réclamer une part prédéterminée du patrimoine successoral, comme le permet par ailleurs la réserve héréditaire aux héritiers réservataires<sup>62</sup>. Pour trouver application, ces deux mécanismes exigent du créancier d'en faire la demande au tribunal. Dans le cas de la contribution alimentaire *post mortem*, le créancier doit faire la preuve de ses besoins (art. 686 C.c.Q.) et, dans le cas de la créance alimentaire, de son apport à l'enrichissement du patrimoine du défunt (art. 427 C.c.Q.). Ces obstacles à la mise en œuvre des volontés du *de cuius* ne sont donc pas d'application générale; on ne pourrait parler de « droit à l'héritage ». Il ne faut pas non plus perdre de vue que le partage du patrimoine familial et la prestation compensatoire ne sont susceptibles d'affecter la valeur réelle du patrimoine successoral que si le *de cuius* était marié ou uni civilement au moment de son décès.

Au strict plan des principes, la liberté de tester demeure donc entière en droit civil québécois. Le pouvoir de disposer dont est investi le *de cuius* aux termes des dispositions du *Code civil du Québec* est absolu sous un certain rapport, à savoir que le testateur n'est pas limité quant à la quotité disponible ou quant aux légataires qu'il peut désigner comme héritiers de la succession : il s'agit d'une liberté absolue *d'exclure* ou *d'avantager* à l'égard de *tous* les biens, ce que la réserve héréditaire rejette. Ce n'est que sous un autre rapport, par l'action du partage du patrimoine familial, de la survie de l'obligation alimentaire et de la prestation compensatoire à titre de dettes de la succession, que cette liberté est *indirectement* limitée. Ces mécanismes viennent faire contrepoids à la volonté du *de cuius* en protégeant les intérêts patrimoniaux de la famille et du conjoint survivant *après* l'ouverture de la succession. Ceux-ci ne représentent donc pas des droits *dans* la succession, mais des droits *contre* elle. Si la dévolution successorale n'est guère affectée par de tels mécanismes, il n'en demeure pas moins que l'exécution de la volonté du *de cuius* peut en être affectée lorsque les biens qui forment l'actif de la succession sont insuffisants. Les legs ne sont en effet payés que dans la mesure où les dettes ont elles-mêmes été payées (art. 812 C.c.Q.). D'aucuns ont ainsi qualifié ces obstacles de restric-

---

61. *Laroche c. Lamothe*, 2018 QCCA 1726, par. 69 (j. Bélanger).

62. *Droit de la famille - 2310*, [1997] R.J.Q. 859 (C.A.), par. 23 à 28 (j. Rothman).

tions « en valeur » de la liberté de tester, les opposant à la réserve héréditaire, laquelle constituerait une restriction « en nature »<sup>63</sup>.

Il ressort de cette brève analyse que la liberté dite « absolue » de tester a survécu à l'épreuve du temps au sein du droit québécois des successions, malgré les tempéraments qui y ont été apportés. Cette institution demeure au cœur des dispositions du livre *Des successions* du *Code civil du Québec* comme l'un de ses éléments *structurals*. La préséance de la succession testamentaire, la primauté de la volonté du *de cuius* et la révocabilité des legs en sont des manifestations. Il serait néanmoins imprudent de recommander le recours à l'expression « liberté absolue de tester » sans égard au contexte ou sans explication additionnelle. Son emploi pourrait être inexact dans le cas, par exemple, d'une succession testamentaire dont la valeur serait anéantie par l'application des mécanismes protégeant les intérêts patrimoniaux de la famille et du conjoint survivant. Un tel qualificatif, qui reflète l'originalité du *Code civil du Québec* en la matière, n'est cependant pas à rayer du vocabulaire juridique québécois : à condition, bien sûr, d'en faire une utilisation nuancée.

L'équipe du *Dictionnaire de droit privé – Les successions* s'est attachée à indiquer la signification de l'expression *liberté de tester* au terme d'une recherche lexicographique dont la présente note a essayé de restituer le cheminement. Le résultat tient dans ce qui suit.

### **Définition de l'expression *liberté de tester* figurant au projet de manuscrit du dictionnaire.**

#### **LIBERTÉ DE TESTER**

(Succ.) Pouvoir<sup>3</sup> du *de cuius* de disposer de ses biens en faveur de quiconque et dans les conditions de son choix. « Le droit successoral québécois est un droit distinct. D'une part, son cadre général tire ses origines du droit français; d'autre part, la pri-

#### **FREEDOM OF WILLING**

(Succ.) Power<sup>3</sup> of the *de cuius* to dispose of property to whomever and under the conditions of the former's choice. « It is obvious that in a jurisdiction such as Québec, where the principle of freedom of willing prevails, some special provi-

---

63. Christine MORIN, « Exercer sa liberté de tester : pas toujours sur la valeur totale de son patrimoine », dans Sylvio NORMAND, *Mélanges offerts au professeur François Frénette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 33.

mauté qu'il accorde à la liberté de tester – qui constitue l'un de ses principes cardinaux – provient du droit anglais » (Morin, *L'émergence des limites à la liberté de tester*, p. 3).

**Rem. 1°** La liberté de tester, issue de la common law anglaise, fut introduite par le législateur impérial dans l'*Acte de Québec* de 1774 et confirmée par une loi locale de 1801. La liberté de tester est aujourd'hui consacrée par l'article 703 C.c.Q. **2°** Certaines règles d'ordre public sont parfois présentées comme limitant, au moins indirectement, la liberté de tester, notamment celles régissant la prestation compensatoire, contribution alimentaire *post mortem* et le partage du patrimoine familial au décès d'un conjoint. **3°** Dans l'exercice de sa liberté de tester, le testateur ne peut subordonner ses legs à des conditions interdites par la loi (voir art. 757, 758 C.c.Q.) ni faire de legs aux personnes que la loi considère comme étant en situation de conflit d'intérêts ou en mesure de l'influencer indûment (voir art. 759 à 761 C.c.Q.). **4°** Le *Code civil du Bas Canada* consacrait la liberté de tester en des termes absolus en l'exemptant de « toutes réserve, restriction ou limitation » outre l'ordre public et les bonnes mœurs (voir art. 831 C.c.B.C.), ce que confirmait l'emploi de l'expression « liberté absolue de tester » à l'article 839 C.c.B.C. **5°** Avant la *Proclamation*

sion must protect the wife against the possibility of disinheritance » (Tees, (1968) 14 *McGill L.J.* 113, pp. 115-116).

**Obs. 1°** Freedom of willing, which originated in English common law, was introduced by the Imperial Parliament in the *Quebec Act, 1774* and reasserted in 1801 by a local enactment. Freedom of willing is now said to be carried forward in article 703 C.C.Q. **2°** Some public order rules are sometimes thought of as limiting, at least indirectly, freedom of willing, in particular those governing the compensatory allowance, the *post mortem* obligation of support and the partition of the family patrimony upon the death of a spouse. **3°** In the exercise of freedom of willing, the testator is may not subject any legacies to conditions prohibited by law (see arts. 757, 758 C.C.Q.) nor make legacies to persons whom the law considers to be in a conflict of interest or in a position of undue influence (see arts. 759 to 761 C.C.Q.). **4°** The *Civil Code of Lower Canada* enshrined freedom of willing in absolute terms, exempting it from any « reserve, restriction, or limitation » other than public order and good morals (see art. 831 C.C.L.C.), as confirmed by the legislature having used the words « absolute freedom of disposing of property by will » in

royale de 1763, la Coutume de Paris régissait le droit des successions en Nouvelle-France. Sa finalité première était la transmission de l'héritage au sein de la famille lignagère. La succession *ab intestat* prévalait alors par l'action de la réserve et de la légitime.

**V.a.** biens de la succession, capacité de tester, captation, exhérédation<sup>1</sup>, ordre public successoral, réserve héréditaire, succession testamentaire, testament<sup>1</sup>, unité de (la) succession.

**Angl.** freedom of testation, freedom of willing<sup>+</sup>.

article 838 C.C.L.C. **5°** Before the *Royal Proclamation, 1763*, the Custom of Paris governed the law of succession in New France. Its main purpose was the transmission of property within the lineage. Intestate succession prevailed through the operation of the hereditary reserve and *légitime*.

**Syn.** freedom of testation. **See also** capacity to make a will, disinheritance<sup>1</sup>, hereditary reserve, property of the succession, successoral public order, testate succession, undue influence, unity of succession, will<sup>1</sup>.

**Fr.** liberté de tester.