

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA**  
**SECTION CIVILE**

**LOI UNIFORME SUR LES TESTAMENTS**

**Exposé général sur les testaments d'origine législative**

Une version antérieure du présent document constituait le chapitre 3, « Statutory Wills for Persons Without Testamentary Capacity », du document de l'Alberta Law Reform Institute intitulé *The Creation of Wills* (rapport final n° 96, 2009), aux pages 21 à 40. Ce document a été mis à jour en mai 2012 et réécrit par une conseillère juridique de l'ALRI, Debra Hathaway, avec l'aide en matière de recherche d'une étudiante, Jenna Reist, et la contribution au contenu rédactionnel de la directrice de la recherche, Sandra Petersson.

**Whitehorse (Yukon)**

**Du 12 au 16 août 2012**



# TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

## Introduction

[1] Après avoir atteint l'âge de la majorité, les adultes peuvent avoir la capacité de tester, puis la perdre de manière temporaire ou permanente à cause d'un certain nombre de situations entraînant une incapacité mentale, par exemple une maladie mentale, un traumatisme crânien découlant d'un traumatisme physique ou une démence sénile. Certaines personnes peuvent ne jamais jouir de la capacité de tester au cours de leur vie en raison d'un retard ou d'un trouble du développement. Cependant, l'évaluation juridique de la capacité de tester d'un adulte n'est jamais uniquement présumée du fait que celui-ci est atteint d'un trouble mental; cette capacité est toujours évaluée au cas par cas. Le droit établit clairement qu'une personne aux prises avec des difficultés de santé mentale dont les affaires doivent être gérées par un décideur substitut peut quand même avoir la capacité de faire un testament<sup>1</sup>.

[2] Le droit au Canada semble également établir clairement qu'un décideur substitut ne peut pas exercer le pouvoir de tester de la personne dont il s'occupe en modifiant ou en révoquant le testament de celle-ci ou en en faisant un à sa place. En common law, le pouvoir de tester ne peut pas être transféré ou délégué. Tester est, comme se marier ou purger une peine d'emprisonnement, un acte personnel qui ne peut pas être accompli par un mandataire. De plus, la nature fiduciaire de la relation entre une personne et son mandataire, représentant ou curateur interdit au décideur substitut de disposer des biens de la personne si ce pouvoir ne lui est pas conféré clairement et expressément; ce principe limite de la même façon le pouvoir de tester du décideur substitut<sup>2</sup>. Bien que bon nombre de lois en vigueur au Canada confèrent au décideur substitut des pouvoirs très généraux qui lui permettent de gérer les biens et les affaires de la personne dont il s'occupe, il est extrêmement douteux que ces pouvoirs incluent celui de tester<sup>3</sup>. Dans cinq provinces, la loi prévoit expressément qu'un décideur substitut ne peut pas faire, modifier ou révoquer un testament<sup>4</sup>.

[3] Les tribunaux ne disposent pas d'un pouvoir plus étendu dans ce domaine que les autres décideurs substituts. En l'absence d'un pouvoir conféré expressément par la loi, un tribunal ne peut faire, modifier ou révoquer le testament d'une personne inhabile à tester<sup>5</sup>.

[4] En Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, la loi confère expressément aux tribunaux le pouvoir de faire des [TRADUCTION] « testaments d'origine législative » pour des personnes qui n'ont pas la capacité de tester. Au Canada, par contre, les tribunaux n'ont généralement pas ce pouvoir, sauf au Nouveau-Brunswick où il leur a été conféré il y a une dizaine d'années.

## **Les situations visées par les testaments d'origine législative**

[5] Avant d'examiner les lois pertinentes et les réformes possibles dans le domaine, il est utile d'examiner soigneusement le type de situations dans lesquelles on considère généralement qu'un testament d'origine législative est justifié<sup>6</sup>. Ces situations suscitent des préoccupations seulement si elles entraînent une distribution injuste ou inappropriée des biens, à la suite du décès de la personne incapable, qui ne peut, pour quelque raison que ce soit, être corrigée par les lois relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge. Si le filet de sécurité offert par ces lois assure un résultat acceptable pour une personne incapable donnée et sa famille, alors un testament d'origine législative sera moins justifié. Parmi les situations examinées habituellement, mentionnons les suivantes :

- la personne n'a pas fait de testament avant de devenir incapable et les règles des successions ab intestat produiront un résultat inapproprié ou un résultat que la personne n'aurait pas souhaité;
- le testament a été révoqué par le mariage ou le divorce, la personne est maintenant inhabile à tester et les règles des successions ab intestat produiront un résultat inapproprié ou un résultat que la personne n'aurait pas voulu;
- le testament que la personne a fait avant de devenir incapable n'est plus à jour, par exemple :
  - parce que le curateur aux biens a disposé d'un bien important qui était visé par le testament,
  - parce que le testament ne prévoit rien pour un enfant né après que le testateur est devenu incapable,
  - parce que l'exécuteur testamentaire ou le bénéficiaire principal est décédé avant le testateur,
  - parce que la relation entre le testateur et les bénéficiaires nommés dans le testament ou les bénéficiaires de la succession ab intestat, a subi un changement important;
- un testament d'origine législative est nécessaire pour empêcher que l'argent hérité d'un côté de la famille soit dévolu à l'autre côté si la personne décède ab intestat;
- il est juste et souhaitable d'établir une clause testamentaire au bénéfice d'une personne dévouée qui n'est pas un membre de la famille, mais qui a pris soin du testateur (ami, employé ou même organisme de bienfaisance) et qui n'aura bien entendu aucune réclamation à faire valoir en vertu des lois relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge. Cette situation se

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

présente surtout lorsqu'il n'y a aucun parent par le sang ou lorsque les parents par le sang sont éloignés ou négligents;

- un testament d'origine législative peut prévenir des litiges au sujet de la succession qui surviendraient autrement;
- dans les administrations où une taxe successorale ou un droit de succession est prélevé (contrairement à l'Alberta), un testament d'origine législative peut permettre de réaliser des économies d'impôt importantes, par exemple si un bénéficiaire est remplacé par son enfant dans le testament de sorte que la succession est transférée entre les trois générations une seule fois, non pas deux.

[6] Dans *Re Davey*<sup>7</sup>, une affaire survenue en Angleterre, un testament d'origine législative avait été fait dans des circonstances très inusitées. Dans cette affaire, un jeune infirmier travaillant dans une maison de soins infirmiers avait épousé secrètement une femme âgée mourante dont l'état mental était altéré. Dans son testament (fait alors qu'elle avait la capacité de tester), cette femme léguait tous ses biens à sa famille. Or, ce testament a été révoqué par le mariage. La femme serait donc décédée ab intestat et ses biens auraient été dévolus à celui avec lequel elle avait été mariée secrètement quelques jours seulement. Dans le cadre d'une demande de nomination d'un curateur qui était déjà en instance, la Cour de protection a été mise au courant du mariage secret et a rapidement nommé le procureur officiel à titre de curateur. Ne disposant pas de suffisamment de temps pour contester la validité du mariage devant les tribunaux, le procureur officiel a demandé et obtenu un testament d'origine législative reprenant les clauses du testament qui avait été révoqué, sans qu'aucun avis ne soit donné au mari ou à la famille. La femme est décédée quelques jours plus tard. La Cour a indiqué que le mari déshérité pouvait exercer un recours en vertu de la loi sur l'aide aux personnes à charge afin d'obtenir une part de la succession.

[7] Il faut également se rappeler, lorsque l'on examine les situations dans lesquelles un testament d'origine législative pourrait être fait, qu'il n'est pas nécessaire que le tribunal soit saisi d'une demande visant toute la succession d'une personne. Si, selon le testament ou les règles régissant les successions ab intestat, les biens du défunt seront distribués de manière appropriée, sauf à l'égard d'un aspect particulier, on peut demander au tribunal de régler ce seul aspect. Par exemple, le tribunal pourrait faire un codicille pour ajouter un legs à une personne ayant pris soin du défunt. Comme le comité de réforme du droit de Victoria l'a dit :

[TRADUCTION] [...] il devrait être clair que le tribunal n'est pas tenu de faire un testament complet pour une personne incapable. Un legs particulier, par exemple un intérêt viager dans la maison où il habite avec la personne incapable dont il prend soin sans rien exiger en retour, peut satisfaire le demandeur. Le reste de la succession peut être distribué conformément au testament existant ou aux règles

régissant les successions ab intestat, ou faire l'objet d'une réclamation en vertu des lois en matière de droit de la famille. La compétence devrait pouvoir être exercée de manière à régler seulement l'aspect qui pose problème. Si le tribunal devait autoriser un testament complet dans tous les cas, cela pourrait entraîner des enquêtes et des audiences onéreuses<sup>8</sup>.

## Les testaments d'origine législative en Angleterre

### Introduction

[8] La Cour de protection de l'Angleterre est autorisée depuis 1970 à faire des testaments d'origine législative pour les personnes frappées d'incapacité mentale<sup>9</sup>. Sur demande, elle peut autoriser la signature d'un testament<sup>10</sup> pour une personne (P) qui [TRADUCTION] « est incapable relativement à une ou des questions concernant [...] ses biens et ses affaires »<sup>11</sup>. Une personne est incapable [TRADUCTION] « relativement à une question si, à l'époque pertinente, elle est incapable de prendre une décision pour elle-même sur la question en raison d'une déficience ou d'un trouble dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau »<sup>12</sup>. La Cour ne peut pas faire un testament d'origine législative pour une personne mineure<sup>13</sup>.

### La procédure de demande

[9] Selon les règles de la Cour de protection, une demande de testament d'origine législative peut être présentée, sans autorisation préalable de la Cour, par différentes personnes, notamment le procureur officiel, le tuteur public, une personne qui a demandé la nomination d'un représentant (curateur ou tuteur) pour P, un bénéficiaire en vertu d'un testament ou un bénéficiaire d'une succession ab intestat, un mandataire en vertu d'une procuration de longue durée et toute personne à qui P aurait peut-être fait un legs si elle en avait eu la capacité. Toute autre personne doit obtenir l'autorisation préalable de la Cour<sup>14</sup>.

[10] Selon le juriste Martin Terrell, les demandes de testament d'origine législative sont relativement rares en Angleterre – il y en aurait seulement 250 environ par année<sup>15</sup>. Les demandes sont détaillées, leur préparation exige beaucoup de temps et, en conséquence, elles coûtent cher. Le travail et le coût doivent être appréciés en tenant compte de la taille de la succession et des conséquences de l'absence d'un testament d'origine législative<sup>16</sup>. Comme Terrell le souligne :

[TRADUCTION] La demande doit décrire la famille et les intérêts du patient, son caractère et sa générosité passée, son historique testamentaire et ses liens avec les bénéficiaires envisagés, la taille de son actif et la taille probable de sa succession à la date du décès. Le demandeur doit ensuite appliquer tous ces facteurs à la situation actuelle et démontrer pourquoi les dispositions du testament existant ou les règles des successions ab intestat ne conviennent pas et

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

pourquoi le patient voudrait modifier ces dispositions. Il incombe au demandeur de justifier la modification des dispositions existantes<sup>17</sup>.

### **Le critère relatif aux testaments d'origine législative**

[11] Jusqu'à récemment, la Cour de protection se servait d'un critère subjectif pour déterminer ce que P aurait voulu faire de ses biens, plutôt que seulement ordonner ce qui lui semblait objectivement le mieux. En d'autres termes, la Cour essayait [TRADUCTION] « de dresser pour le patient le testament que, selon elle, ce dernier aurait fait »<sup>18</sup>. L'ancienne loi obligeait la Cour à substituer son opinion à celle du défunt<sup>19</sup>. La décision *Re D.(J.)*<sup>20</sup>, qui fait jurisprudence, énonce cinq principes ou facteurs dont un tribunal doit tenir compte lorsqu'il conçoit un testament d'origine législative :

[TRADUCTION]

- (1) il faut supposer que le patient a eu un bref moment de lucidité lorsque le testament a été fait;
- (2) il faut supposer que, pendant ce moment de lucidité, le patient avait pleinement connaissance du passé et savait que, dès la signature du testament, il recouvrerait son état mental précédent;
- (3) il faut tenir compte du patient réel, avec toutes les antipathies et les affections qu'il avait lorsqu'il était pleinement capable, et non d'un patient fictif;
- (4) il faut supposer que le patient agit raisonnablement et qu'il a été conseillé par un avocat compétent;
- (5) dans les cas normaux, il faut considérer que le patient a adopté une approche générale quant aux réclamations visant son patrimoine, et non une approche comptable<sup>21</sup>.

[12] Ce critère force toutefois la Cour à se livrer à de la gymnastique mentale et à avoir recours à des subterfuges. Comme un critique judiciaire l'a mentionné :

[TRADUCTION] Dans les cas où une personne inapte n'a jamais été capable de même former l'intention la plus rudimentaire de faire un testament, les tribunaux anglais recouraient à une fiction juridique en prétendant déterminer quel testament cette personne aurait subjectivement voulu faire. Même si la personne inapte avait manifesté précédemment une intention valable en matière testamentaire, les tribunaux lui attribuaient une nouvelle intention parce qu'elle aurait changé d'avis si elle avait recouvré temporairement sa capacité de tester. La fiction était employée pour camoufler en vain le fait que ce que les tribunaux faisaient réellement dans de tels cas, c'était prendre des décisions objectives dans l'intérêt supérieur de la personne inapte et de sa famille<sup>22</sup>.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[13] L'approche subjective et les décisions judiciaires qui en ont confirmé le bien-fondé sont maintenant remplacées par la *Mental Capacity Act 2005*. Cette loi entrée en vigueur en 2007 énonce le principe prédominant selon lequel [TRADUCTION] « les mesures ou décisions prises en application de la présente loi pour le compte d'une personne dont les capacités sont réduites doivent être prises dans l'intérêt supérieur de celle-ci »<sup>23</sup>. Lorsqu'il détermine l'intérêt supérieur de P, le décideur doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et en particulier<sup>24</sup> :

[TRADUCTION]

- (6) La personne qui prend la décision doit tenir compte, dans la mesure du possible –
  - (a) des désirs et aspirations passés et actuels de la personne concernée (notamment de toute déclaration écrite pertinente que la personne concernée a établie lorsqu'elle était capable),
  - (b) des valeurs et croyances qui seraient susceptibles d'influencer la décision de la personne concernée si elle était capable,
  - (c) des autres facteurs que la personne concernée serait susceptible de prendre en compte si elle était en mesure de le faire.

Le critère relatif aux testaments d'origine législative est donc maintenant un critère objectif fondé sur [TRADUCTION] « l'intérêt supérieur ». Des éléments subjectifs peuvent encore être pris en compte, mais ils ne sont plus déterminants<sup>25</sup>. En outre, le poids attribué à ces autres facteurs dépend entièrement des faits et des circonstances de chaque cas<sup>26</sup>.

### **La procédure de signature**

[14] Une fois que la Cour a approuvé les dispositions d'un testament d'origine législative, elle autorisera une personne (habituellement le curateur aux biens) à signer le testament au nom de la personne frappée d'incapacité. La personne autorisée doit signer le testament de son propre nom et du nom du patient, en présence d'au moins deux témoins en même temps. Les témoins doivent ensuite signer le testament en présence de la personne autorisée. Enfin, le sceau de la Cour sera apposé sur le testament. Ces formalités mises à part, le testament sera régi par les dispositions législatives ordinaires sur les testaments<sup>27</sup>.

## **Les testaments d'origine législative en Australie**

### **Introduction**

[15] Au milieu des années 1990, certains États australiens ont commencé à adopter des lois autorisant les testaments d'origine législative. En 1997, l'Australian National

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

Committee for Uniform Succession Laws a recommandé que toutes les administrations australiennes adoptent des dispositions législatives types autorisant les tribunaux à dresser des testaments d'origine législative pour les personnes frappées d'incapacité mentale<sup>28</sup>. À l'heure actuelle, les huit administrations australiennes autorisent ce type de testaments, mais il y a des différences entre certaines de leurs lois, en particulier celles qui sont antérieures au rapport de l'Australian National Committee for Uniform Succession Laws<sup>29</sup>.

### **La procédure de demande**

[16] Il y a plusieurs différences entre le modèle anglais et le modèle australien. Une des différences majeures réside dans le fait que, en Angleterre, la plupart des personnes présentent une demande au tribunal pour obtenir un testament d'origine législative en suivant une procédure en une étape. Le modèle australien type comporte deux étapes : le demandeur doit obtenir l'autorisation du tribunal, puis présenter sa demande<sup>30</sup>.

[17] La procédure en deux étapes en vigueur en Australie vise à filtrer les demandes afin que seules celles qui sont fondées soient instruites par le tribunal. Elle s'explique par la crainte que des demandes frivoles ou vexatoires soient présentées étant donné que, en Australie, n'importe qui peut demander qu'un testament d'origine législative soit fait pour une personne incapable. En Angleterre par contre, les restrictions relatives aux personnes qui peuvent présenter une demande de testament d'origine législative permettent d'écartier dès le départ les demandes peut-être frivoles ou vexatoires. Toute personne qui n'appartient pas à l'une des catégories décrites dans la loi doit obtenir l'autorisation du tribunal pour demander qu'un testament d'origine législative soit fait.

### **Autres différences entre le modèle australien et le modèle anglais**

[18] Le modèle australien prévoit expressément également que le tribunal n'est pas lié par les règles de preuve. Le tribunal peut ainsi plus facilement recevoir et apprécier l'information concernant les désirs, les habitudes et le caractère de la personne incapable.

[19] Avant de faire un testament d'origine législative, le tribunal australien doit être convaincu que la personne est inhabile à tester et est incapable de faire un testament valide. Contrairement à la législation anglaise cependant, les lois australiennes n'établissent pas explicitement un lien entre l'inhabilité à tester et les notions de déficience ou de trouble dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. Les deux modèles ont probablement le même effet en pratique, mais le modèle australien semble être plus objectif et avoir pour effet de moins stigmatiser la personne concernée. Comme le comité de réforme du droit de Victoria l'a dit :

[TRADUCTION] [...] il serait préférable de ne pas tenter d'énumérer les causes possibles de l'incapacité de la personne pour le compte de laquelle un testament

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

d'origine législative pourrait être fait, en mentionnant des maladies, la sénilité, des traumatismes, une infirmité mentale, etc. Le demandeur serait alors tenu de démontrer de quel type d'incapacité la personne était atteinte. Certains de ces termes et expressions concernant l'incapacité mentale dévalorisent la personne qui en est atteinte et leur sens n'est pas clair<sup>31</sup>.

[20] Contrairement au modèle anglais également, la plupart des administrations australiennes permettent qu'un testament d'origine législative soit fait pour une personne mineure qui n'a pas la capacité de tester<sup>32</sup>. Ce pouvoir est différent de celui dont disposent la plupart des tribunaux australiens d'autoriser un mineur à faire un testament malgré son âge. Dans ce cas, le mineur est inhabile à tester seulement de façon temporaire à cause de son âge – il n'existe aucune autre cause sous-jacente d'incapacité de longue durée – et il demande lui-même de pouvoir faire un testament. Par contre, les dispositions sur les testaments d'origine législative sont utilisées lorsqu'une personne autre que le mineur demande qu'un tel testament soit fait pour un mineur qui ne deviendra pas capable de tester lorsqu'il atteindra l'âge de la majorité ou pendant sa vie adulte en raison d'une cause sous-jacente d'incapacité de longue durée.

[21] Le modèle australien type prévoit qu'un tribunal peut dresser un testament d'origine législative seulement si la personne inhabile à tester est vivante à la date à laquelle l'ordonnance est rendue<sup>33</sup>. Si cette personne décède pendant le processus de demande avant que l'ordonnance soit rendue, un testament d'origine législative ne peut pas être effectué et sa succession sera régie par les règles habituelles relatives aux testaments, aux successions ab intestat et à l'aide aux personnes à charge. Le comité de réforme du droit de Victoria avait recommandé une mesure plus radicale qui aurait exigé que la demande de testament d'origine législative soit présentée dans les six mois suivant le décès de la personne incapable (ou dans le délai plus long autorisé par le tribunal), parce que la taille de la succession et les réclamations connexes des bénéficiaires potentiels sont plus claires à ce moment-là<sup>34</sup>. Cette recommandation n'a toutefois jamais été mise en œuvre dans l'État de Victoria, ni adoptée par une autre administration australienne. Le National Committee for Uniform Succession Laws a indiqué que :

[TRADUCTION] [I]l est avantageux d'exclure les demandes postérieures au décès d'une personne réside dans le fait que toutes les demandes visant à modifier la façon dont les biens de cette personne seront autrement distribués (par testament ou en vertu des règles pertinentes régissant les successions ab intestat) seront régies par un seul régime, à savoir la législation relative aux dispositions familiales. Cette mesure permet de prévenir les conflits qui pourraient surgir si deux types de demandes pouvaient être faites après le décès d'une personne<sup>35</sup>.

### **Le critère relatif aux testaments d'origine législative**

[22] Comme l'ancien modèle anglais, le modèle australien type exige du tribunal qu'il tienne compte subjectivement de la personne qui est inhabile à tester, et non d'une

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

personne fictive. Selon le libellé de la loi type uniforme, le tribunal doit être convaincu que [TRADUCTION] « le testament, la modification ou la révocation proposé *aurait été* ou *aurait pu être fait* par le testateur proposé s'il avait eu la capacité de tester »<sup>36</sup>. Cette formulation du critère permet au tribunal de prendre en compte une grande variété de facteurs, comme c'est le cas en Angleterre.

[23] Le libellé est beaucoup plus restrictif en Australie-Méridionale : le tribunal doit être convaincu que [TRADUCTION] « le testament, la modification ou la révocation proposé *refléterait fidèlement les intentions probables* de la personne si celle-ci avait eu la capacité de tester »<sup>37</sup>. Lorsque ce libellé a été utilisé précédemment dans la loi de l'État de Victoria (la loi a été changée depuis), il a été interprété comme s'il permettait au tribunal d'examiner seulement le testament proposé, et non les facteurs définis par les tribunaux anglais<sup>38</sup>. Pour éviter cet effet limitatif, les autres administrations australiennes emploient le libellé plus souple de la loi type uniforme ou des variantes de ce libellé. Par exemple, la loi de la Nouvelle-Galles du Sud prévoit que le tribunal doit être convaincu que [TRADUCTION] « le testament, la modification ou la révocation proposé *aurait été fait* par la personne si celle-ci avait eu la capacité de tester, ou qu'il est *raisonnablement probable qu'il l'aurait été* »<sup>39</sup>.

[24] Le modèle australien type exige également que le tribunal détermine s'il est [TRADUCTION] « approprié » ou [TRADUCTION] « raisonnable » qu'un testament d'origine législative soit fait dans un cas donné. On considère généralement que cette disposition confère simplement un pouvoir discrétionnaire au tribunal. Un universitaire a toutefois fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Ce pouvoir discrétionnaire permet au tribunal de rejeter une demande qui satisfait aux autres exigences qui doivent être remplies pour qu'une ordonnance soit rendue. Si, en raison des circonstances, le tribunal a des raisons de penser que l'ordonnance n'est peut-être pas dans l'intérêt supérieur de la personne pour laquelle elle devrait être rendue, il aurait certainement raison de rejeter la demande en exerçant ce pouvoir discrétionnaire<sup>40</sup>.

[25] En Australie, la plupart des affaires portent en grande partie sur la réalisation d'une évaluation subjective et sont fondées largement sur l'ancienne jurisprudence anglaise dans ce domaine<sup>41</sup>. Une nouvelle tendance se dessine toutefois : l'évaluation objective est utilisée plus souvent et les limites d'un critère subjectif sont reconnues<sup>42</sup>. Dans *Re Fenwick*, le juge Palmer, de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, a effectué un examen exhaustif de l'historique des testaments d'origine législative en Angleterre et en Australie. Il a vivement critiqué le critère subjectif appliqué traditionnellement par les tribunaux anglais, qu'il a qualifié d'artificiel et d'irréaliste. Selon lui, [TRADUCTION] « les tribunaux australiens devraient résister à la tentation de se sentir liés par »<sup>43</sup> l'ancienne jurisprudence anglaise et devraient [TRADUCTION] « faire table rase »<sup>44</sup> lorsqu'ils interprètent le critère relatif à leur compétence en matière de

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

testaments d'origine législative. Il faudrait privilégier plus souvent une évaluation objective :

[TRADUCTION] À mon avis, le droit régissant les testaments d'origine législative en Australie devrait évoluer d'une manière qui justifie un résultat découlant d'un raisonnement transparent fondé sur la réalité, non sur des hypothèses contraires aux faits<sup>45</sup>.

[26] Le juge Palmer propose des critères légèrement différents qui tiennent compte de l'historique de la capacité de tester de la personne pour laquelle un testament d'origine législative est demandé. Si la personne est un adulte qui jouissait auparavant de la capacité de tester, mais qui ne l'a plus ([TRADUCTION] « perte de capacité »), le tribunal devrait d'abord apprécier toute preuve de l'intention réelle actuelle de cette personne (y compris son intention de mourir ab intestat en totalité ou en partie), puis décider si celle-ci aurait donné suite à cette intention dans un testament si elle avait eu la capacité de tester. Si l'intention réelle ne peut être clairement établie ou si aucune intention réelle n'existe, le tribunal devrait évaluer subjectivement l'intention [TRADUCTION] « raisonnablement probable » de la personne, en tenant compte de ses testaments antérieurs, de l'historique de sa famille, etc<sup>46</sup>.

[27] Si la personne n'a jamais eu la capacité de tester ([TRADUCTION] « absence de capacité »), le tribunal doit d'abord déterminer objectivement s'il est raisonnablement probable que cette personne aurait fait un testament si elle en avait eu la capacité. Comme la majorité des personnes ayant une famille et des biens font un testament, le tribunal peut appliquer une norme de preuve moins rigoureuse pour juger ce facteur. Pour déterminer le contenu du testament d'origine législative, il devrait se servir uniquement de critères objectifs, car une évaluation subjective est impossible et fictive dans le cas d'une [TRADUCTION] « absence de capacité »<sup>47</sup>.

[28] Enfin, si la personne est un mineur qui aurait été habile à tester un jour ou l'autre n'eût été de la survenance d'un fait à cause duquel il n'acquerra jamais cette capacité ([TRADUCTION] « non-acquisition de la capacité »), le tribunal devrait d'abord déterminer s'il est raisonnablement probable que cette personne aurait fait un testament au cours de sa vie adulte. Si c'est le cas, le tribunal devrait adopter une approche pragmatique combinant à la fois un critère subjectif et un critère objectif. Il devrait prendre en considération toute la preuve subjective, y compris le passé et les relations du mineur ainsi que ses intentions, mais appliquer au bout du compte un critère objectif pour décider quelles dispositions devraient figurer dans le testament d'origine législative<sup>48</sup>.

[29] Une plus grande utilisation d'un critère objectif n'est pas exempte de critiques, cependant. Un universitaire australien souligne que les lois sur les testaments reposent sur la notion de liberté de tester et sur le droit d'une personne de léguer ses biens comme elle le veut. Lorsque les lois permettent que cette liberté soit exercée par un décideur

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

substitut, un critère subjectif est le seul fondement sur lequel l'exercice du droit à l'autonomie de la personne incapable devrait reposer. Un critère objectif dans ce contexte dénote un certain paternalisme. Le critère objectif de l'[TRADUCTION] « intérêt supérieur » qui prédomine dans le domaine de la santé mentale ne devrait pas remplacer l'accent mis traditionnellement par les lois relatives aux testaments sur la liberté de tester :

[TRADUCTION] Bien que la prise de décision concernant la personne et les biens d'un individu puisse également être formulée en termes d'autonomie, l'introduction d'un concept d'« intérêt supérieur » dans le domaine des testaments se combine difficilement avec son historique conceptuel et ses fondements théoriques. Le régime des testaments d'origine législative du Royaume-Uni a toujours fait partie du domaine de la santé mentale, et il est peut-être compréhensible en conséquence que la norme de l'« intérêt supérieur » constitue maintenant la norme directrice. En Australie, les testaments d'origine législative ont toujours été régis par la législation relative aux testaments; dans ce contexte, la norme de l'« intérêt supérieur » serait clairement non pertinente<sup>49</sup>.

### **La procédure de signature**

[30] Une autre différence avec le modèle anglais concerne l'étape de la signature d'un testament d'origine législative. Dans le modèle australien type, le tribunal n'autorise pas une personne (le curateur aux biens, par exemple) à signer le testament pour le compte de la personne incapable, de son nom et du nom de celle-ci. Le testament d'origine législative est plutôt signé par le greffier du tribunal et, après que le sceau du tribunal y a été apposé, il est déposé au registre des testaments du tribunal. Il est reconnu ainsi beaucoup plus explicitement qu'un testament d'origine législative est essentiellement une ordonnance judiciaire.

[31] Qu'arrive-t-il si P décède après que l'ordonnance judiciaire a été rendue, mais avant que le greffier signe le testament d'origine législative? En Nouvelle-Galles du Sud et dans le Territoire du Nord, le greffier doit avoir la preuve que P est vivant avant de signer le testament<sup>50</sup>. Par ailleurs, un tribunal de l'Australie-Méridionale, où la loi est muette à ce sujet, a statué que le testament d'origine législative prend tout de même effet puisque c'est l'autorisation du tribunal concernant les dispositions qu'il renferme qui rend le testament valide, non la signature du greffier. Le tribunal a rejeté un précédent anglais selon lequel une telle situation est analogue à celle où un testateur décède après avoir donné ses instructions, mais avant de signer le testament. La procédure de signature différente en vigueur en Australie justifie que le testament d'origine législative soit considéré comme toute autre ordonnance judiciaire et, en conséquence, qu'il prenne effet à la date où il a été ordonné par le tribunal<sup>51</sup>.

## Les testaments d'origine législative en Nouvelle-Zélande

[32] La Cour de la famille de Nouvelle-Zélande est habilitée à faire un testament d'origine législative pour une personne assujettie à une ordonnance visant ses biens. Bien que la personne ait déjà été jugée inapte à gérer ses propres affaires et qu'un gestionnaire ait été nommé pour administrer ses biens, la loi prévoit que la personne n'est pas, du seul fait de cette ordonnance, incapable de faire un testament. La Cour évaluera la capacité de tester de cette personne avant d'agir<sup>52</sup>.

[33] La Cour a quelques mécanismes à sa disposition. Elle peut décider qu'une personne assujettie à une ordonnance visant ses biens peut faire un testament seulement avec son autorisation<sup>53</sup>. Si un testament existe, elle peut vérifier [TRADUCTION] « le désir et l'intention actuels »<sup>54</sup> du testateur afin de déterminer si le testament existant les exprime. Si ce n'est pas le cas, elle peut faire un testament d'origine législative [TRADUCTION] « en conformité avec ce désir et cette intention »<sup>55</sup>.

[34] Si elle a décidé qu'un testament ne pouvait être fait qu'avec son autorisation ou s'il n'existe aucun testament, la Cour peut faire un testament d'origine législative en établissant d'abord [TRADUCTION] « le libellé proposé de manière provisoire »<sup>56</sup>, puis en autorisant le gestionnaire à le signer pour le compte de la personne. La législation ne prévoit aucun véritable critère permettant de savoir si les clauses d'un testament d'origine législative devraient être déterminées objectivement ou subjectivement. Les tribunaux ont toutefois statué que le précédent anglais devait être suivi, en dépit :

[TRADUCTION] [...] de son cadre législatif légèrement différent [...], mais en l'absence de lignes directrices, le critère proposé par le vice-chancelier, sir Robert Megarry [dans *Re D.(J.)*], semble éminemment pratique, étant donné en particulier que sir Megarry n'a pas laissé entendre que la liste des facteurs ou des principes qu'il a dressée était exhaustive<sup>57</sup>.

En conséquence, la personne incapable fera l'objet d'une évaluation subjective dans toute la mesure du possible.

[35] Les exigences en matière de signature sont également conformes au modèle anglais. Le gestionnaire signe devant deux témoins présents en même temps, puis les témoins signent à leur tour en présence du gestionnaire. Enfin, le sceau du tribunal est apposé sur le testament<sup>58</sup>.

## Les testaments d'origine législative au Canada

### La législation du Nouveau-Brunswick

[36] Comme il a été mentionné précédemment, le Nouveau-Brunswick est la seule administration canadienne où un tribunal peut faire un testament d'origine législative

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

pour une personne inhabile à tester. En 1994, cette province a modifié la *Loi sur les personnes déficientes* de façon à ce que la Cour du Banc de la Reine ait le « pouvoir de faire, de modifier ou de révoquer un testament au nom et pour le compte d'un incapable mental »<sup>59</sup>. Un incapable mental est une personne qui a besoin d'un régime de soins, de surveillance et de contrôle parce que son « développement des facultés mentales est arrêté ou incomplet par suite de facteurs congénitaux ou d'une maladie ou d'un traumatisme » ou parce qu'elle « est atteinte de troubles de facultés mentales »<sup>60</sup>. Ces dispositions s'appliquent non seulement aux personnes déclarées être des incapables mentaux par un tribunal, mais aussi à toute personne qui, selon un tribunal, est incapable de gérer ses affaires « en raison d'une déficience physique ou mentale provoquée par la maladie, l'âge ou tout autre motif, ou pour cause d'ivresse habituelle ou d'usage de drogues »<sup>61</sup>.

[37] Si le tribunal doit conclure que la personne est un incapable mental ou qu'elle est incapable de gérer ses affaires, la loi n'exige pas expressément qu'il statue qu'elle est inhabile à tester, contrairement aux modèles anglais, australien et néo-zélandais. Un tribunal du Nouveau-Brunswick a indiqué que, si la personne concernée est toujours habile à tester, elle devrait signer le testament avec le curateur aux biens, mais que, si elle est inhabile à tester, elle n'a pas à le signer<sup>62</sup>. Même si cette interprétation est correcte, il ne semble pas approprié qu'un tribunal intervienne lorsqu'une personne a la capacité de tester et qu'elle peut légalement faire elle-même son testament.

[38] La Loi prévoit un critère subjectif au regard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Elle prévoit que celle-ci peut faire, modifier ou révoquer un testament :

[...] lorsqu'elle croit que, par son inaction, il se produira au décès de l'incapable mental un résultat que celui-ci n'aurait pas voulu, s'il était capable et faisait un testament au moment où la Cour exerce son pouvoir<sup>63</sup>.

Seul le Nouveau-Brunswick énonce un critère négatif : éviter un résultat que l'incapable mental *n'aurait pas* voulu. Un auteur a posé la question suivante : [TRADUCTION] « Des commentaires comme “je veux que A obtienne quelque chose” et “je ne voudrais pas que A obtienne quelque chose” mènent-ils à des résultats différents<sup>64</sup>? » Cette façon de formuler le critère a aussi amené certaines personnes à se demander si la jurisprudence anglaise pourrait être utilisée pour interpréter la Loi<sup>65</sup>. Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont tout de même adopté la jurisprudence anglaise concernant les facteurs et les principes qui devraient guider un tribunal appelé à faire subjectivement un testament d'origine législative<sup>66</sup>.

[39] Si la Cour croit qu'un testament d'origine législative est justifié, elle peut permettre ou enjoindre au curateur aux biens de prendre toute mesure concernant la succession de l'incapable mental que celui-ci pourrait prendre s'il était capable<sup>67</sup>. Seule la

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Cour peut autoriser un curateur à agir. Un mandataire visé par une procuration de longue durée ne peut demander l'autorisation de faire, de modifier ou de révoquer un testament<sup>68</sup>.

[40] Aucun testament fait, modifié ou révoqué par le curateur n'est valide tant qu'il n'est pas approuvé par la Cour<sup>69</sup>. Cette exigence semble créer une procédure bizarre. La Cour approuve les modalités du testament après que le curateur l'a signé, plutôt que de l'autoriser au préalable<sup>70</sup>.

### **Le reste du Canada et les arguments en faveur d'une réforme du droit**

[41] Aucune autre administration canadienne n'a imité le Nouveau-Brunswick et permis les testaments d'origine législative. En outre, il ne semble pas y avoir un mouvement important en faveur d'une réforme dans le domaine au Canada. Il y a toutefois un professeur de l'Université de l'Alberta, Gerald B. Robertson, qui a plaidé en faveur de cette réforme :

[TRADUCTION] Si la position actuelle est effectivement que les tribunaux canadiens ne peuvent autoriser un tuteur aux biens à faire ou à révoquer un testament, il y a une omission malheureuse dans notre droit. Bien qu'il s'agisse d'un pouvoir qui devrait être rarement exercé, il y a des cas où son absence peut causer une grave injustice, laquelle ne peut pas toujours être corrigée par les règles de droit relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge. Les personnes chargées de la réforme du droit dans ce domaine devraient étudier sérieusement [cette question] [...]<sup>71</sup>.

[42] Les arguments favorables à l'octroi, aux tribunaux, du pouvoir de faire des testaments d'origine législative portent principalement sur le fait qu'il semble nécessaire en pratique, dans des cas particuliers, d'éviter une distribution injuste ou inappropriée des biens d'une personne incapable à son décès. Il arrive parfois qu'une distribution problématique ne puisse pas être réglée en recourant aux lois relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge; une telle distribution peut même parfois découler de ces lois.

[43] Il y a cependant des obstacles philosophiques importants à l'octroi à un tribunal du pouvoir d'intervenir pour modifier les affaires testamentaires d'une personne incapable de le faire elle-même. La législation canadienne respecte largement le point de vue selon lequel faire un testament est un acte personnel sacro-saint qui ne devrait jamais être délégué<sup>72</sup>. Même permettre à un tribunal de se substituer aux testateurs les plus vulnérables peut susciter des critiques. Comme deux commentateurs juridiques du Nouveau-Brunswick l'ont dit :

[TRADUCTION] Ne sommes-nous pas en présence d'un autre exemple du syndrome « Big Brother » lorsque l'État peut intervenir dans l'exercice du

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

pouvoir discrétionnaire d'une personne sans que celle-ci le sache? Dans quelle mesure l'État devrait-il continuer à agir ainsi? Qu'arrivera-t-il ensuite? Selon les auteurs, il s'agit d'une loi bureaucratique de contrôle qui n'est pas du tout justifiée et qui peut ainsi donner lieu à des dérives de la part des tribunaux<sup>73</sup>.

[44] Certaines personnes sont plutôt d'avis que les lois relatives aux successions ab intestat et à l'aide aux personnes à charge représentent la réponse juridique de la société aux cas où une personne n'a pas un testament (pour quelque raison que ce soit) ou aux cas où le testament ou les lois sur les successions ab intestat n'aident pas suffisamment un parent à charge. Selon ces personnes, l'intégrité de ces filets de sécurité de nature législative devrait être protégée sans qu'aucun traitement particulier ne soit réservé à une certaine catégorie de personnes (celles qui sont inhabiles à tester), dont la succession est alors administrée d'autres façons. Comme la commission du droit de l'Écosse l'a dit lorsqu'elle a refusé de recommander la création d'un régime de testaments d'origine législative de quelque type que ce soit : [TRADUCTION] « Un tel pouvoir constituerait en fait un pouvoir de modifier les règles habituelles des successions, intestat ou ab intestat, qui s'appliqueraient normalement au décès de l'incapable<sup>74</sup>. »

[45] Cependant, si une personne qui a la capacité de tester ne veut pas que son patrimoine soit distribué selon les règles relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge, elle peut faire un testament dans lequel elle indique ce qu'elle veut. Les personnes qui sont inhabiles à tester n'ont tout simplement pas cette possibilité. On peut soutenir que les dispositions permettant les testaments d'origine législative corrigent cette situation (quoique par l'entremise d'un décideur substitut) et permettent qu'un résultat indésirable soit évité également dans le cas des personnes inhabiles à tester. Même si un décideur substitut agira pour le compte de la personne inhabile, cela surviendrait au moins dans le cadre d'un processus objectif assorti du plus grand nombre de protections possibles.

### **La consultation publique menée en Alberta sur la réforme du droit**

[46] Dans un rapport publié à des fins de discussion en 2007, l'Alberta Law Reform Institute a exploré la question de savoir si un tribunal albertain devrait avoir le pouvoir de faire un testament d'origine législative pour un adulte inhabile à tester<sup>75</sup>.

[47] D'emblée, le conseil de l'ALRI a exprimé de sérieuses réserves au sujet de cette possibilité. Il se demandait notamment s'il était approprié ou souhaitable de permettre à un décideur substitut de prendre des décisions en matière testamentaire à la place d'une personne inapte à tester. On pourrait soutenir qu'une telle réforme est nécessaire du point de vue des bénéficiaires potentiels, mais la question doit être étudiée du point de vue du testateur incapable. La société fournit déjà un filet de sécurité au moyen des lois relatives aux successions ab intestat et à l'aide aux personnes à charge lorsqu'il n'y a pas de testament ou que le testament est inadéquat pour quelque raison que ce soit.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[48] Le conseil se demandait également si le fait de permettre les testaments d'origine législative ne favoriserait pas les poursuites intentées aux frais de la succession et ne réduirait pas ainsi la valeur de la succession. Il était préoccupé en outre par l'existence et la nature de la preuve dans les affaires contestées.

[49] L'absence de tout mouvement de réforme important au niveau local ou national au Canada a aussi été prise en compte. Cette absence indique probablement qu'il n'est pas urgent et nécessaire de procéder à cette réforme juridique importante.

[50] C'est pour des raisons similaires qu'un comité consultatif sur les projets, formé d'avocats albertains de renom dans le domaine du droit des successions, a fait savoir au conseil de l'ALRI qu'il n'appuyait pas cette réforme. De plus, le comité craignait que la possibilité de faire un testament d'origine législative impose au curateur ou au tuteur d'un adulte à charge l'obligation de vérifier la justesse ou le caractère approprié du testament de ce dernier (ou de l'absence de testament) et de déterminer si un testament d'origine législative devrait être demandé.

[51] L'ALRI se demandait s'il fallait permettre les testaments d'origine législative pour les personnes inhabiles à tester, mais il voulait sonder le public sur cette question en menant la plus vaste consultation possible. Il a donc sollicité officiellement des commentaires dans son rapport et a décidé de voir quel genre de réponses il obtiendrait.

[52] Deux réponses favorables aux testaments d'origine législative ont été reçues d'organisations de défense des droits des aînés. Ces organisations faisaient valoir que la perte de la capacité de tester d'une mère ou d'un père âgé dans les dernières années de sa vie peut causer de véritables problèmes à sa famille si les lois relatives aux successions ab intestat ou à l'aide aux personnes à charge ne règlent pas adéquatement la situation. Ces problèmes prendront probablement de l'ampleur lorsque les nombreux « baby boomers » atteindront l'âge de la vieillesse, où la démence et la maladie d'Alzheimer sont plus fréquentes.

[53] Les autres commentaires reçus dans le cadre de la consultation étaient largement négatifs. Toutes les réponses provenant d'avocats ou d'organisations représentant les personnes ayant une déficience mentale étaient défavorables aux testaments d'origine législative.

[54] Les avocats étaient surtout préoccupés par le caractère subjectif de la création d'un testament pour une autre personne. En outre, la majorité d'entre eux étaient d'avis que le filet de sécurité juridique existant était suffisant pour gérer les problèmes découlant de la perte de la capacité de tester.

[55] L'opposition des organisations représentant les personnes ayant une déficience mentale reposait sur la profonde méfiance qu'inspirent les avocats, les tribunaux et le

## TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES INHABILES À TESTER

système juridique. Même si un testament d'origine législative pourrait à l'occasion permettre d'éviter des résultats non voulus ou injustes à l'étape de l'homologation, ces organisations pensent que le fait de traiter avec le système juridique crée des inconvénients qui l'emporteront sur tout bénéfice susceptible de découler d'une telle réforme. Les défenseurs des droits des personnes ayant une déficience mentale ont dit que leurs clients et eux-mêmes se méfient des motivations des avocats. Ils ne croient pas que les tribunaux soient en mesure d'évaluer objectivement la capacité d'une personne ou ses désirs en matière testamentaire. Ils croient que le juge imposera simplement ses propres opinions. Participer au système judiciaire prend du temps, coûte cher et a toujours un effet aliénant sur la personne handicapée.

[56] Selon l'ALRI, la mise en œuvre de toute proposition concernant les testaments d'origine législative doit apaiser ce genre de craintes et réduire cette méfiance chez un groupe important de la population. Une réforme dans un domaine aussi délicat que celui-là ne peut être réalisée sans l'appui du public. Les gouvernements devront s'efforcer de communiquer avec la population et de la rassurer s'ils veulent apaiser ces craintes et atténuer cette méfiance. Un vaste programme d'information du public serait également nécessaire pour expliquer en quoi les testaments d'origine législative sont utiles dans les autres administrations. La population du Canada ignore totalement que les testaments d'origine législative sont acceptés et utilisés ailleurs dans le monde.

[57] Outre les autres arguments défavorables aux testaments d'origine législative, les commentaires négatifs reçus ont confirmé que l'ALRI avait raison d'hésiter à recommander une réforme dans le domaine, de sorte que l'organisme s'est gardé de le faire dans son rapport final<sup>76</sup>.

### **Sommaire des questions pertinentes**

[58] Une liste de questions pertinentes découlant de la recherche ci-dessus sur le droit actuel concernant les testaments d'origine législative peut être résumée afin d'aider le comité de travail de la CHLC à étudier la question.

#### *Questions fondamentales*

- Une réforme du droit dans ce domaine est-elle nécessaire?
- Quelle est la meilleure façon de gérer les controverses et les susceptibilités que pourrait faire naître une loi sur les testaments d'origine législative?
- Les lois sur les successions ab intestat et sur l'aide aux personnes à charge peuvent-elles, tout comme les testaments qui ne sont plus à jour, entraîner une distribution injuste ou inappropriée de la succession d'une personne qui ne peut rien y changer à cause de son inhabilité à tester?

*Si une loi autorisant les testaments d'origine législative est créée*

- La loi devrait-elle lier l'incapacité à tester à la présence d'une déficience, d'une incapacité ou d'un trouble mental? Ou la compétence du tribunal devrait-elle être fondée seulement sur une conclusion d'incapacité à tester?
- Si l'incapacité mentale est une condition préalable, il faudrait prévoir que l'incapacité à tester doit être évaluée séparément.
- Un tribunal devrait-il pouvoir faire un testament d'origine législative pour un mineur qui ne jouira jamais de la capacité de tester?
- Qui devrait pouvoir présenter une demande afin d'obtenir un testament d'origine législative pour une personne inhabile à tester?
- Pour présenter une demande, l'autorisation du tribunal devrait-elle :
  - être toujours requise? (processus en deux étapes)
  - n'être jamais requise? (processus en une étape)
  - être requise seulement dans les cas où le demandeur n'a aucun lien juridique ou familial avec la personne inapte? (processus comportant essentiellement une seule étape)
- Pour déterminer les clauses d'un testament d'origine législative, le tribunal devrait-il appliquer :
  - un critère subjectif?
  - un critère objectif?
  - un critère objectif combiné à des facteurs subjectifs?
- Le critère devrait-il varier selon qu'il s'agit d'un cas de perte de capacité, d'absence de capacité ou de non-acquisition de la capacité (voir *Re Fenwick*)?
- Le critère devrait-il être énoncé dans la loi en termes positifs ou négatifs?
- Le tribunal devrait-il être assujéti aux règles de preuve lorsqu'il fait un testament d'origine législative?
- De quelle façon un testament d'origine législative devrait-il être signé?
  - Soit le tribunal devrait autoriser une personne à signer le testament de son propre nom et du nom de la personne inhabile à tester. Toutes les règles normales de signature s'appliqueront;

TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES  
INHABILES À TESTER

- soit le testament devrait être signé par le greffier du tribunal comme toute autre ordonnance.
- Qu'arrive-t-il si la personne décède après que l'ordonnance du tribunal a été rendue, mais avant que le greffier la signe? Le greffier doit-il exiger une preuve démontrant que la personne est vivante avant de signer?

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

<sup>1</sup> J. MacKenzie, ed., *Feeney's Canadian Law of Wills*, 4th ed., looseleaf (Markham, Ont.: Butterworths Canada Ltd., 2000) at § 2.7.

<sup>2</sup> Dawn D. Oosterhoff, "Alice's Wonderland: Authority of an Attorney for Property to Amend a Beneficiary Designation" (2002), 22 E.T.P.J. 16 at 18-19.

<sup>3</sup> Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1994) at 97-98 [Robertson].

<sup>4</sup> Northwest Territories, Nunavut, Ontario, Saskatchewan and Quebec: *Guardianship and Trusteeship Act*, S.N.W.T. 1994, c. 29, s. 36(3); *Substitute Decisions Act*, S.O. 1992, c. 30, s. 31(1); *Adult Guardianship and Co-decision-making Act*, S.S. 2000, c. A-5.3, s. 43; Quebec Civil Code, art. 711.

<sup>5</sup> Robertson, note 3, at 98.

<sup>6</sup> See, for example, Martin Terrell, "Wills for persons without capacity" (2004), 154 New L.J. 968 at 970 [Terrell].

<sup>7</sup> *Re Davey*, [1981] 1 W.L.R. 164 (Ct. of Protection).

<sup>8</sup> Law Reform Committee (Victoria), *Reforming the Law of Wills*, Final Report (1994) at para. S.5A.23 [Victoria Report].

<sup>9</sup> Roger Kerridge, *Parry & Clark: The Law of Succession*, 11<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2002) at 66 [Parry & Clark]. This authority is currently found in the *Mental Capacity Act 2005* (U.K.), 2005, c. 9, s. 18(i) and Schedule 2, ss. 1-4 [Mental Capacity Act]. The Mental Capacity Act was enacted following a review of substitute decision-making by The Law Commission (England) in its report *Mental Incapacity*, Report No. 231 (1995). This report contains virtually no discussion of the law and practice of statutory wills, apparently treating it as self-evident that statutory wills are a useful and valid mechanism that should continue.

<sup>10</sup> Mental Capacity Act, note 9, ss. 16(2)(a) and 18(1)(i). The power to make a statutory will can only be exercised by the court, not by P's deputy: Mental Capacity Act, s. 20(3)(b).

<sup>11</sup> Mental Capacity Act, note 9, s. 16(1)(b).

<sup>12</sup> Mental Capacity Act, note 9, s. 2(1).

<sup>13</sup> Mental Capacity Act, note 9, s. 18(2).

<sup>14</sup> *The Court of Protection Rules 2007*, S.I. 2007/1744, rr. 50, 51(1), 51(2)(a) and 52(4)(a)-(e).

<sup>15</sup> Terrell, note 6, at 968. This estimate would date from around 2004 when the article was published.

<sup>16</sup> Terrell, note 6, at 970.

<sup>17</sup> Terrell, note 6, at 968, 970.

<sup>18</sup> Parry & Clark, note 9, at 67.

<sup>19</sup> See, for example, *Mental Health Act 1983* (U.K.), 1959, c. 20, s. 95.

<sup>20</sup> *Re D.(J.)*, [1982] 1 Ch. 237.

<sup>21</sup> Lord Mackay of Clashfern, ed., *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>th</sup> ed. reissue, vol. 30(2) (London: LexisNexis Butterworths, 2005) at para. 695, summarizing *Re D.(J.)*, [1982] 1 Ch. 237 at 243-244.

<sup>22</sup> *Re Fenwick; Application of J.R. Fenwick & Re Charles*, [2009] NSWSC 530 at para. 7 [*Re Fenwick*].

<sup>23</sup> Mental Capacity Act, note 9, s. 1(5).

<sup>24</sup> Mental Capacity Act, note 9, s. 4(6).

<sup>25</sup> *In re P (Statutory Will) (Court of Protection)*, [2009] EWHC 163, paras. 37-40 (Ch.).

<sup>26</sup> *In re M (Statutory Will) (Court of Protection)*, [2009] EWHC 2525, para. 32. See also *Re D (Statutory Will) (Court of Protection)*, [2010] EWHC 2159 (Ch.).

<sup>27</sup> Mental Capacity Act, note 9, Schedule 2, s. 3; Parry & Clark, note 9, at 66.

<sup>28</sup> National Committee for Uniform Succession Laws, *Consolidated Report to the Standing Committee of Attorneys General on the Law of Wills*, Queensland Law Reform Commission Miscellaneous Paper 29 (1997) at 44-58 [Australia Uniform Report].

TESTAMENTS D'ORIGINE LÉGISLATIVE DANS LE CAS DE PERSONNES  
INHABILES À TESTER

<sup>29</sup> *Wills Act 1968* (A.C.T.), ss. 16A-16I; *Succession Act 2006* (N.S.W.), ss. 18-26 [New South Wales Act]; *Wills Act* (N.T.), ss. 19-26 [Northern Territory Act]; *Succession Act 1981* (Qld.), ss. 21-28 [Queensland Act]; *Wills Act 1936* (S.A.), s. 7 [South Australia Act]; *Wills Act 2008* (Tas.), ss. 21-41; *Wills Act 1997* (Vic.), ss. 21-30 [Victoria Act]; *Wills Act 1970* (W.A.), ss. 39-48 [Western Australia Act].

<sup>30</sup> The two-step process of requiring leave to be sought before the application hearing is found in Australian Capital Territory, Victoria, South Australia, Queensland, New South Wales, Northern Territory and Tasmania. It is also recommended by the uniform model statute. Western Australia uses a single application procedure. Tasmania allows statutory wills to be made by the Guardianship and Administration Board as well as by a court. The Board is a special tribunal established under the *Guardianship and Administration Act 1995*. It handles all guardianship appointments and other issues concerning mentally incompetent persons. Whether a statutory will is sought from a court or the Board, the procedure is essentially the same.

<sup>31</sup> Victoria Report, note 8, at para. S.5A.26.

<sup>32</sup> In Western Australia, statutory wills may be made only for adults without testamentary capacity: Western Australia Act, note 29, s. 40(2).

<sup>33</sup> See, for example, Northern Territory Act, note 29, s. 19(3).

<sup>34</sup> Victoria Report, note 8, at paras. S.5A.7, S.5A.17(3).

<sup>35</sup> Australia Uniform Report, note 28, at 50-51.

<sup>36</sup> Australia Uniform Report, note 28, at 57, s. 21(b) of the uniform model statute [emphasis added].

<sup>37</sup> South Australia Act, note 29, s. 7(3)(b) [emphasis added].

<sup>38</sup> *Boulton v. Sanders* (2004) 9 V.R. 495 (C.A.) discussed in John Hockley, "Statutory wills in Australia: Wills for persons lacking capacity" (2006), 80 Austl. L.J. 68 at 71-72.

<sup>39</sup> New South Wales Act, note 29, s. 22(b) [emphasis added].

<sup>40</sup> Matthew Groves, "As the Court Wills," [2009] U Monash LRS 7.

<sup>41</sup> See, for example, *State Trustees Limited v. Do & Nguyen*, [2011] VSC 45; *Re Keane; Mace v. Malone*, [2011] QSC 49; *McKay v. McKay & Ors*, [2011] QSC 230.

<sup>42</sup> *Re Fenwick*, note 22, the case which started this trend, has been applied in subsequent cases including *AB v. CB & Ors*, [2009] NSWSC 680; *In the Matter of Grace Geraldine Brown*, [2009] SASC 345; *Re Estate of Crawley*, [2010] NSWSC 618; and *Re Will of Jane*, [2011] NSWSC 624.

<sup>43</sup> *Re Fenwick*, note 22, at para. 33.

<sup>44</sup> *Re Fenwick*, note 22, at para. 148.

<sup>45</sup> *Re Fenwick*, note 22, at para. 175.

<sup>46</sup> *Re Fenwick*, note 22, at paras. 154-170.

<sup>47</sup> *Re Fenwick*, note 22, at paras. 171-176.

<sup>48</sup> *Re Fenwick*, note 22, at paras. 177-188.

<sup>49</sup> Rosalind F. Croucher, "An Interventionist, Paternalistic Jurisdiction? The Place of Statutory Wills in Australian Succession Law" (2009), 32 UNSW Law Journal 674 at 695.

<sup>50</sup> New South Wales Act, note 29, s. 23(2); Northern Territory Act, note 29, s. 19.

<sup>51</sup> *In the Estate of Grace Geraldine Brown (Deceased)*, [2010] SASC 90 at paras. 14-17.

<sup>52</sup> *Protection of Personal and Property Rights Act 1988* (N.Z.), 1988 No. 4, ss. 2, 54, 55 [Rights Protection Act].

<sup>53</sup> Rights Protection Act, note 52, s. 54(2).

<sup>54</sup> Rights Protection Act, note 52, s. 54(6).

<sup>55</sup> Rights Protection Act, note 52, s. 54(6).

<sup>56</sup> Rights Protection Act, note 52, s. 55(2).

<sup>57</sup> *Re Manzoni (A Protected Person): Kirwan v. Public Trustee*, [1995] 2 N.Z.L.R. 498 at 505 (H.C.).

<sup>58</sup> Rights Protection Act, note 52, s. 55(4).

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- <sup>59</sup> *Infirm Persons Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-8, s. 3(4) [Infirm Persons Act].
- <sup>60</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, s. 1.
- <sup>61</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, s. 39(1).
- <sup>62</sup> *Re M. (Committee of)* (1998), 27 E.T.R. (2d) 68 at 79 (N.B. Q.B.).
- <sup>63</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, s. 11.1(1).
- <sup>64</sup> Eric L. Teed, Q.C. and Nicole Cohoon, “New Wills for Incompetents” (1996), 16 E.T.J. 1 at 2.
- <sup>65</sup> Franklin O. Leger, Q.C., “Court-approved Wills” (1998), 14:3 So. J. 7 at 8.
- <sup>66</sup> *Re M. (Committee of)* (1998), 27 E.T.R. (2d) 68 at 77 (N.B. Q.B.).
- <sup>67</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, s. 15.
- <sup>68</sup> *Re MacDavid* (2003), 4 E.T.R. (3d) 50 at 53 (N.B. Q.B.).
- <sup>69</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, s. 15.1.
- <sup>70</sup> *Infirm Persons Act*, note 59, ss.11.1, 15.1; Franklin O. Leger, Q.C., “Court-approved Wills” (1998), 14:3 So. J. 7 at 9.
- <sup>71</sup> Robertson, note 3, at 98.
- <sup>72</sup> However, even where testators are competent, wills legislation sometimes intervenes to automatically deal by operation of law with changed circumstances that would otherwise render a will unfair or obsolete. Common examples of such intervention include revocation of a will on marriage, partial revocation on divorce and anti-lapse provisions. Of course, operation of these provisions is always subject to the expressed contrary intention of the testator. But in default of such contrary intention, the statute will try to achieve a result which presumably the testator would have wanted for their estate, if they had turned their mind to it.
- <sup>73</sup> Eric L. Teed, Q.C. and Nicole Cohoon, “New Wills for Incompetents” (1996), 16 E.T.J. 1 at 3.
- <sup>74</sup> Scottish Law Commission, *Report on Succession*, Report No. 124 (1990) at 61 [Scotland Report]. The Commission’s public consultation on the issue of statutory wills found that “the results of consultation were overwhelmingly against the introduction of any such power”: Scotland Report at 62.
- <sup>75</sup> Alberta Law Reform Institute, *The Creation of Wills* (Report for Discussion No. 20, 2007) at 23-40.
- <sup>76</sup> Alberta Law Reform Institute, *The Creation of Wills* (Final Report No. 96, 2009) at 21-40.