

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ DE TESTER AU QUÉBEC : L'EXEMPLE DU TESTAMENT DE LA PERSONNE SOURDE QUI NE PEUT NI PARLER, NI LIRE, NI ÉCRIRE

Mélanie SAMSON et François HÉNAULT

Volume 119, numéro 2, 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043649ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1043649ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

SAMSON, M. & HÉNAULT, F. (2017). LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ DE TESTER AU QUÉBEC : L'EXEMPLE DU TESTAMENT DE LA PERSONNE SOURDE QUI NE PEUT NI PARLER, NI LIRE, NI ÉCRIRE. *Revue du notariat*, 119(2), 357–396. <https://doi.org/10.7202/1043649ar>

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ DE TESTER AU QUÉBEC : L'EXEMPLE DU TESTAMENT DE LA PERSONNE SOURDE QUI NE PEUT NI PARLER, NI LIRE, NI ÉCRIRE*

Mélanie SAMSON et François HÉNAULT*****

INTRODUCTION	359
1. La protection quasi constitutionnelle de la liberté de tester	364
2. Le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de tester . .	376
3. Les obligations professionnelles et le devoir d'accommodement du notaire	386
CONCLUSION	394

* Le présent texte a été rédigé avec le soutien financier de la Chambre des notaires du Québec en vertu du Programme de subventions à la recherche universitaire. Les auteurs remercient M^{me} Justine Emmanuelle Dahl et M. Guillaume Bourgeois pour leur aide dans le repérage des sources pertinentes. Les opinions émises dans le texte n'engagent que les auteurs.

** Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université Laval, titulaire associée de la Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon et assessseure au Tribunal des droits de la personne du Québec.

*** Avocat et doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval.

INTRODUCTION

Selon des données compilées par l'Institut de la statistique du Québec, plus de 195 000 Québécois âgés de 15 ans ou plus vivent avec une incapacité liée à l'audition¹. Parmi les personnes entièrement sourdes, le taux d'analphabétisme est de 65 %². Le nombre de personnes qui sont sourdes et ne peuvent ni parler, ni lire, ni écrire se situe entre 4 000 et 5 000³. Les langues des signes sont pour elles un outil de communication important. Depuis 2013, le *Code civil du Québec* contient des dispositions qui encadrent spécifiquement la façon dont ces personnes peuvent faire un testament.

La liberté de tester⁴ constitue l'un des piliers du droit successoral québécois⁵. Héritée du droit anglais⁶, elle est d'abord introduite dans le droit québécois par l'*Acte de Québec de 1774*⁷, puis réaffirmée avec force dans une loi de 1801⁸. Elle permet au testateur de

-
1. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Vivre avec une incapacité au Québec : Un portrait statistique à partir de l'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2001 et 2006*, 2010, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/sante/etat-sante/incapacite/incapacite-quebec.html>>, p. 195.
 2. Ces données, datées de 1991, sont les dernières publiées à ce sujet par le ministère de l'Éducation : MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *Document de référence pour l'alphabétisation des personnes ayant une déficience auditive*, Direction générale des programmes, Service d'alphabétisation, Direction de la formation générale des adultes, Québec, Les publications du Québec, 1991.
 3. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le projet de loi n° 35 : Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, 2013, en ligne : <http://www.cnq.org/DATA/PUBLICATION/127_fr~v~memoire-projet-de-loi-n35.pdf>, note de bas de page 41.
 4. Dans le présent texte, les expressions « liberté de tester » et « liberté testamentaire » sont utilisées comme des synonymes. D'autres auteurs leur attribuent des significations différentes. Voir notamment Frédéric AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », (2014) 48 *Revue d'histoire du XIX^e siècle* 47, en ligne : <<http://rh19.revues.org/4654>>.
 5. *Gendron v. Duranleau*, [1942] S.C.R. 321, en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8447/index.do>>.
 6. *Renaud v. Lamothe*, (1902) 32 S.C.R. 357, 364 et 365, en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14016/index.do>>.
 7. 14 Geo. III. c. 83 (R.U.).
 8. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III. c. 4.

« léguer ses biens aux personnes de son choix et à ses conditions »⁹. Cette liberté fondamentale est maintenant consacrée à l'article 703 du *Code civil du Québec*¹⁰, qui énonce que « [t]oute 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 »¹¹. Elle « oriente toute la philosophie du *Livre des successions* »¹².

Longtemps considérée comme absolue par le droit québécois¹³, la liberté de tester fait l'objet de certaines restrictions depuis les années 1980¹⁴. L'insertion dans le Code civil de dispositions législatives visant à protéger la famille fait en sorte « que la liberté de tester de plusieurs Québécois est aujourd'hui plus *relative* »¹⁵. Le Code ne limite pas directement la liberté de tester, mais ses dispositions relatives au patrimoine familial¹⁶, à la survie de l'obligation alimentaire¹⁷ et aux régimes matrimoniaux ont une incidence sur la valeur du patrimoine à l'égard duquel elle s'exerce. Parallèlement à ces restrictions, le Code encadre l'exercice de la liberté de tester en prévoyant les modalités de sa mise en œuvre. Il établit notamment qu'il existe trois formes de testament¹⁸ – notarié, olographe et devant

9. Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, 5^e éd., mis à jour par Christine MORIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, par. 20, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/129/882194387/>>.

10. L'article 703 C.c.Q. reprend essentiellement le principe auparavant énoncé dans l'article 831 C.c.B.C.

11. De même, l'article 613 al. 2 C.c.Q. énonce : « Elle [la succession d'une personne] est dévolue suivant les prescriptions de la loi, à moins que le défunt n'ait, par des dispositions testamentaires, réglé autrement la dévolution de ses biens. La donation à cause de mort est, à cet égard, une disposition testamentaire. »

12. Jacques AUGER, « Livre troisième : Des successions », dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 95, à la p. 98, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/universites/universite-de-sherbrooke/Livres/1003/542021031>>.

13. L'article 839 C.c.B.C. faisait référence à la « liberté absolue de tester ». Voir à cet égard André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 9 ; Roger COMTOIS, *Les libéralités*, Répertoire de droit, « Libéralités », Doctrine – Document 1, Montréal, 1989, p. 55.

14. Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : Étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 3 et 4.

15. Christine MORIN, *Les testaments (art. 703 à 775 C.c.Q.)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 16 ; J. BEAULNE, préc., note 9, par. 20.

16. Art. 416 C.c.Q.

17. *Ibid.*, art. 684-695.

18. *Ibid.*, art. 712.

témoins – et assujettit ces dernières à des formalités « qui doivent être observées, à peine de nullité »¹⁹.

Le testament notarié doit être lu par le notaire au testateur, puis signé par eux deux en présence d'un témoin qui le signe aussi²⁰. Le testament devant témoins peut être écrit par le testateur ou un tiers ; il doit ensuite être signé par le testateur en présence de deux témoins à qui il déclare que cet écrit constitue son testament²¹. Quant au testament olographe, il doit être entièrement écrit par le testateur et signé par lui²². À l'instar du *Code civil du Bas Canada*, le *Code civil du Québec* contient des dispositions prévoyant les adaptations nécessaires pour qu'une personne aveugle, sourde, incapable de s'exprimer de vive voix ou physiquement incapable de signer puisse faire un testament notarié ou devant témoins²³. Jusqu'en 2013, cependant, rien n'était prévu pour la personne sourde qui ne peut, à la fois, ni parler, ni lire, ni écrire. Puisqu'elle est incapable de consigner elle-même ses volontés par écrit, il lui est impossible de faire un testament olographe. Dans la mesure où elle est incapable de produire une déclaration verbale ou écrite attestant que le testament énonce ses dernières volontés, il lui est impossible de faire un testament devant témoins. Il lui est par ailleurs impossible de communiquer ses volontés à un notaire, sauf si ce dernier maîtrise le langage des signes ou en recourant aux services d'un interprète. Or, sans l'exclure expressément, comme le faisait l'article 847 C.c.B.C.²⁴, le *Code civil du Québec* ne reconnaissait pas la possibilité de recourir à un interprète gestuel pour faire son testament. Dans ses commentaires sur l'article 722 C.c.Q., le ministre de la Justice affirme bien au contraire que cette disposition « confirme [...] l'impossibilité pour le sourd-muet ou le muet, qui ne sait écrire, de dicter au notaire ses volontés par signes et donc de tester sous la forme notariée »²⁵.

19. *Ibid.*, art. 713.

20. *Ibid.*, art. 717.

21. *Ibid.*, art. 727.

22. *Ibid.*, art. 726.

23. Les articles 719 à 722 C.c.Q. prévoient les modalités en vertu desquelles une personne incapable de signer (art. 719), aveugle (art. 720), sourde (art. 721) ou qui n'est pas en mesure de s'exprimer de vive voix (art. 722) peut faire un testament notarié. Il en va de même pour le testament devant témoins aux articles 727 et 729-730 C.c.Q.

24. Art. 847 C.c.B.C. : « Le testament sous forme authentique ne peut être dicté par signes. »

25. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 430.

L'adoption de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, le 6 décembre 2013, change la donne²⁶. Le nouvel article 722.1 du Code prévoit que la personne sourde « qui, ne pouvant ni parler, ni lire, ni écrire, ne peut se prévaloir [des autres dispositions du Code], peut faire un testament notarié, à la condition d'instruire le notaire de ses volontés en ayant recours à un interprète en langue des signes »²⁷. L'article 730.1 permet par ailleurs à la personne sourde ne pouvant ni parler, ni lire, ni écrire de faire un testament devant témoins « à la condition d'instruire le rédacteur de ses volontés en ayant recours à un interprète en langue des signes ». Dans les deux situations, l'interprète doit être choisi parmi les interprètes qualifiés à exercer leurs fonctions devant les tribunaux et ne peut être conjoint, parent ou allié du testateur, ni en ligne directe ni en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement²⁸.

L'insertion de ces dispositions dans le Code a été applaudie par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, qui en avait fait la recommandation²⁹. Par contre, elle a été vivement critiquée par la Chambre des notaires du Québec³⁰. Pendant l'étude du projet de loi, la Chambre a fait valoir que « [l]es devoirs qui sont imposés au notaire par la loi ne peuvent s'accommoder [de la présence d'un] intermédiaire » tel qu'un interprète en langage gestuel³¹. En sa qualité d'officier public, le notaire a l'obligation de vérifier *personnellement* « la validité et la qualité des consentements des [personnes] qui comparaissent devant lui »³². Par conséquent, il apparaît essentiel que le notaire et la personne qui fait son testament soient en communication *directe*³³.

26. *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, projet de loi n° 35 (sanctionnée – 6 décembre 2013), 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc).

27. Le législateur français a aussi légiféré en ce sens : *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, J.O. 17 fév. 2015, p. 2961, art. 3.

28. Art. 722.1, al. 3 et 730.1, al. 3 C.c.Q.

29. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, 2013, en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/commentaires_PL35_Code_civil_trans_testament_sourd.pdf>.

30. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 3.

31. *Ibid.*, p. 18.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

Les entraves à la liberté testamentaire de la personne sourde et muette datent de l'Antiquité³⁴. Notre réflexion porte sur la nécessité de repenser l'exercice de la liberté de tester à la lumière du droit à l'égalité tel qu'il est protégé, au Québec, par la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Charte a préséance sur les autres lois du Québec³⁵, dont le *Code civil*³⁶, le *Code des professions*³⁷, la *Loi sur le notariat*³⁸ et le *Code de déontologie des notaires*³⁹. Les dispositions des autres lois doivent être compatibles avec celles de la Charte sous peine d'être déclarées inapplicables⁴⁰. La Charte sert par ailleurs de guide pour l'interprétation des autres lois⁴¹ : « [s]i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte »⁴². La consécration du droit à l'égalité dans la Charte conduit donc à une relecture des dispositions qui encadrent l'exercice de la liberté testamentaire.

D'autres avant nous se sont intéressés à la validité des clauses testamentaires ayant un objet ou un effet discriminatoire⁴³. Pour notre part, nous voulons démontrer que la *Charte des droits et de libertés de la personne* garantit le droit de toute personne de faire, sans discrimination, un testament devant notaire ou devant témoins. Les articles 722.1 et 730.1 du Code font double emploi avec les dispositions de la Charte. En théorie, l'interprétation des dispo-

34. Nicolas LAURENT-BONNE, « Le testament des sourds-muets : perspectives historico-comparatives », (2013) 4 *Revue trimestrielle de droit civil* 797.

35. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 52 ; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, par. 27.

36. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, par. 45.

37. RLRQ, c. C-26.

38. RLRQ, c. N-3.

39. RLRQ, c. N-3, r. 2.

40. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 ; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, EYB 1984-142619 (C.A.) ; *Cheers management Inc. c. Montréal (Ville de)*, [1991] R.J.Q. 794 (C.S.).

41. *Turmel c. Turmel*, 2010 QCCA 653, par. 47 ; Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 540.

42. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 35, art. 53.

43. Voir notamment Madeleine CANTIN CUMYN, « La liberté testamentaire et la Charte des droits et libertés de la personne », (1981-82) 84 *R. du N.* 223 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357.

sitions du Code civil en harmonie avec la Charte québécoise⁴⁴ permettait déjà à la personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire de recourir aux services d'un interprète pour faire un testament sans que soit compromis le respect des obligations professionnelles du notaire.

Notre démarche s'articulera en trois temps. Nous démontrons d'abord que la liberté de tester est un droit fondamental protégé par la Charte québécoise (1). Après avoir établi que l'exercice de cette liberté en toute égalité, sans discrimination fondée sur le handicap, la condition sociale ou la langue, est également garanti par la Charte (2), nous verrons que les protections conférées par la Charte ne sont pas incompatibles avec les devoirs qui incombent au notaire (3).

1. La protection quasi constitutionnelle de la liberté de tester

La liberté de tester permet au testateur de disposer de l'ensemble de ses biens sans contraintes autres que celles découlant de l'ordre public⁴⁵. Le testateur « peut léguer ses biens à qui il le veut bien »⁴⁶ et choisir de déshériter les membres de sa famille immédiate⁴⁷. En 1774, la reconnaissance de cette liberté en droit civil québécois met un terme à l'application de la Coutume de Paris, dont les règles restreignent le pouvoir de tester de manière à protéger les descendants du testateur.

Le principe de la liberté totale de tester a parfois été sévèrement critiqué par la doctrine québécoise qui réclamait une protection minimale pour la famille⁴⁸. À la fin des années 1980, le législateur

44. Voir la disposition préliminaire du Code, « Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. » [nous soulignons]

45. Art. 9 et 757 C.c.Q.

46. *Gagné c. Taillon*, 2011 QCCS 1603, par. 12.

47. *Girard c. Cloutier*, 1991 CanLII 3226 (QC C.A.) ; *Thibault c. Guibault*, EYB 1999-10511 (C.A.) ; *G.B. c. Si.B.*, 2015 QCCA 1223.

48. Voir les sources citées par Germain Brière dans « Liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire ? », (1986) 88 R. du N. 469, 471.

adopte des dispositions qui ont pour effet de réduire la portion du patrimoine du défunt qui peut être dévolue par testament lorsque son décès marque aussi la fin de son mariage⁴⁹. En dépit des limites qui lui sont apportées au bénéfice du conjoint survivant, la liberté de tester demeure « la règle »⁵⁰ en droit québécois. Son importance a été réitérée à maintes reprises par les tribunaux⁵¹. La primauté de la volonté du testateur et son corollaire, la liberté de tester, guident l'interprétation des dispositions applicables en matière successorale⁵².

Nul ne conteste le caractère « fondamental » de la liberté de tester en droit successoral québécois⁵³. Elle constitue l'un de ses principes cardinaux⁵⁴. À notre avis, il s'agit au surplus d'un droit quasi constitutionnel⁵⁵, ce qui devrait avoir des conséquences sur l'interaction des règles de la Charte québécoise et du Code civil qui trouvent application en cette matière.

Ni la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁶ ni la Charte québécoise ne protègent expressément la liberté de tester⁵⁷. Cependant, l'article 6 de la Charte québécoise prévoit que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi ». L'étude des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette disposition tend à confirmer qu'elle vise à protéger la liberté de toute personne de disposer librement de ses biens non seulement de son vivant, mais aussi à son décès. C'est d'ailleurs la position retenue par les tribunaux québécois, tout comme par les tribunaux européens appelés à interpréter

49. C. MORIN, préc., note 14, p. 356.

50. Pierre CIOTOLA, « Des principes usuels d'interprétation des testaments et les décisions rendues en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 37, 39. Voir aussi *Parent c. Stocola (Succession de)*, 2009 QCCA 1286, par. 21.

51. *G.B. c. St.B.*, préc., note 47, par. 35.

52. *Pépin c. Caisse*, 2009 QCCA 1697, par. 134.

53. *Patton c. Cappa*, 2003 CanLII 39222 (Q.C. S.) (appel principal rejeté et appel incident accueilli, C.A., 09-11-2004, n° 500-09-013565-031, [2004] R.J.Q. 2947 (C.A.)).

54. C. MORIN, préc., note 14, p. 13.

55. Pour une opinion contraire, voir M. CANTIN CUMYN, préc., note 43, p. 227.

56. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

57. J. AUGER, préc., note 12, à la page 101, dira que le principe de la liberté de tester, énoncé à l'article 703 C.c.Q., est « presque digne de se retrouver dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ou dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ».

ter une disposition similaire de la Convention européenne des droits de l'homme.

En 1975, pendant les travaux parlementaires qui précèdent l'adoption de la Charte québécoise, tant le ministre de la Justice que le chef de l'opposition officielle considèrent que le droit protégé par l'article 6 de la Charte emporte celui de disposer librement de ses biens par testament⁵⁸. C'est précisément parce qu'il anticipe que des restrictions à la liberté de tester seront apportées dans le nouveau Code civil que le ministre Jérôme Choquette se dit réticent à reconnaître en des termes absolus la jouissance paisible et la libre disposition de ses biens :

[L]e principe actuel de la liberté absolue de tester va probablement être battue [*sic*] en brèche par le nouveau code civil qui va limiter la liberté des testateurs, comme cela s'est fait sous la plupart des régimes de droit civil contemporain. Il va y avoir aussi probablement des modifications apportées aux régimes matrimoniaux, en plus des régimes successoraux qui vont limiter la libre disposition des biens qu'on voudrait faire reconnaître par le principe énoncé par le chef de l'Opposition. C'est la raison pour laquelle, devant tant d'atteintes au principe « sacro-saint » de disposer de ses biens, j'ai un peu de réserves à le reconnaître comme un principe qui a un caractère le moins absolu dans la charte.

[...]

Tout à l'heure, je réfèrais au domaine du testament qui va certainement subir des modifications importantes [dans le Code civil]. Je pense qu'à ce moment-là on est encore plus à l'intérieur du principe de la libre disposition des biens, puisque les testataires, à l'avenir, ne pourront pas, au moins pour une partie des biens qu'ils vont laisser à leurs héritiers, tester d'une façon absolument libre, comme c'est le cas dans le droit actuel.⁵⁹

Le ministre redoute que de futures dispositions du Code entrent en contradiction avec la disposition qui deviendra l'article 6 de la Charte. C'est en réponse à ces préoccupations que les garanties offertes par l'article 6 de la Charte seront assorties d'une limite intrinsèque. L'insertion de la mention « sauf dans la mesure prévue par la loi », dans le texte de cette disposition, vise à préserver, « dans

58. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de la justice*, 3^e sess., 30^e légis., 25 juin 1975, « Étude du projet de loi n° 50 – Charte des droits et libertés de la personne », p. B-5008 et B-5009.

59. *Ibid.*, p. B-5008 (M. Jérôme Choquette).

une certaine mesure, la souveraineté du législateur »⁶⁰. Concrètement, elle permet à ce dernier de porter atteinte au droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens sans avoir à recourir à la clause dérogatoire prévue par l'article 52 de la Charte⁶¹. Ainsi, une loi adoptée en contravention du droit protégé par l'article 6 est à l'abri de tout contrôle judiciaire⁶². Comme le relève le chef de l'opposition officielle Jacques-Yvan Morin :

[L'article 6] ne dit pas, non plus, que le code civil ne peut pas éventuellement mettre des limites à la libre disposition des biens et, par exemple, imposer des restrictions sérieuses au droit de tester. Ce n'est pas cela qu'il dit ; il dit que, dans les limites prévues par la loi, si un droit de propriété est reconnu à un individu, il a le droit d'en avoir la jouissance paisible.⁶³

Manifestement, ceux qui ont contribué à l'entrée en vigueur de l'article 6 de la Charte québécoise y voyaient une protection de la liberté de tester. C'est aussi la position généralement retenue par les tribunaux.

Bien que la problématique ne soit pas nouvelle, les conflits entre droits fondamentaux apparaissent de plus en plus fréquents⁶⁴. S'agissant de la liberté de tester, l'étude de la jurisprudence révèle qu'elle est susceptible d'entrer en conflit avec plusieurs autres droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité, la liberté de reli-

60. Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « Les droits et libertés fondamentaux », dans Collection de droit 2017-2018, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 91, 93.

61. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9063-1698 Québec Inc.*, 2003 CanLII 40742 (QC T.D.P.), REJB 2003-48745, par. 40 (T.D.P.Q.).

62. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84.

63. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 58, p. B-5008 et B-5009 (M. Jacques-Yvan Morin).

64. Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, *In Search of a Balance Between the Right to Equality and Other Fundamental Rights – A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, rapport de recherche rédigé dans le cadre du European Network of Legal Experts in the Antidiscrimination Field, coordonné par le Migration Policy Group et le Human European Consultancy pour la Commission européenne, Luxembourg, Union européenne, 2010, en ligne : <<http://www.equalitylaw.eu/downloads/1670-in-search-of-a-balance-between-the-right-to-equality-and-other-fundamental-rights-en>>, p. 14 ; TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport d'activités 2016*, en ligne : <<http://www.tribunaux.qc.ca/TDP/index-tdp.html>>, p. 5. Pour des exemples jurisprudentiels, voir *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 ; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72.

gion, la liberté d'association, la liberté de se marier et le droit au respect de la vie privée. Les tribunaux ont reconnu le caractère quasi constitutionnel de la liberté de tester alors qu'ils tentaient de solutionner de tels conflits.

Dans l'affaire *Central Guaranty Trust Co. c. Lefebvre-Gervais*⁶⁵, la Cour supérieure du Québec a été appelée à se prononcer sur la validité d'une clause testamentaire en vertu de laquelle l'épouse du défunt devait être privée de son legs si elle se remariait avec un homme sans travail ou sans revenus substantiels ; en pareille situation, ce sont les enfants qui devaient toucher le legs. La Cour a jugé que l'auteur du testament avait pour objectif d'éviter que sa veuve se remarie avec un homme intéressé par ses avoirs. La clause contestée a été déclarée conforme à la Charte québécoise. Le tribunal a considéré qu'il n'y avait pas atteinte à la liberté d'association parce que le testament ne privait pas totalement la veuve de la possibilité de se remarier ; seul un mariage avec un homme ayant une mauvaise situation financière lui était interdit sous peine d'être privée de son héritage. Pour le même motif, la Cour supérieure n'y a vu aucune discrimination fondée sur l'état civil⁶⁶. S'exprimant au sujet de la liberté du testateur de disposer de ses biens selon sa volonté, la Cour a relevé qu'il s'agit d'un droit protégé non seulement par le Code civil, mais aussi par la Charte québécoise :

The human right of freedom of willing is expressly recognized by art. 831 C.C. Sec. 6 of the Quebec Charter, which provides that "every person has a right to the [...] free disposition of his property, except to the extent provided by law" might also be interpreted as protecting the freedom of willing.⁶⁷

Le tribunal a tranché différemment en présence d'une clause testamentaire interdisant à la veuve de se remarier avec quiconque sous peine d'être déshéritée. Dans la décision *Desparts c. Petit*⁶⁸, la Cour supérieure circonscrit le débat en mentionnant qu'il implique une opposition entre la liberté de tester, un « droit fondamental [...] prévu par l'[article 6 de la Charte] », et un autre droit fondamental protégé par la Charte, à savoir le droit à l'égalité dans l'exercice de la

65. [1992] R.J.Q. 2264 (C.S.).

66. La Cour suprême du Canada a depuis reconnu que l'identité de son conjoint fait partie de l'état civil d'une personne : *Brossard (Ville) c. Québec (Comm. des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279 ; *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66.

67. *Central Guaranty Trust Co. c. Lefebvre-Gervais*, préc., note 65.

68. [1988] R.J.Q. 2259 (C.S.).

liberté s'association⁶⁹. Soulignant que « chaque cas demeure un cas d'espèce », le tribunal déclare la clause testamentaire nulle parce que contraire aux articles 3, 10 et 50 de la Charte.

La Cour supérieure du Québec a de nouveau reconnu le caractère quasi constitutionnel de la liberté testamentaire dans l'affaire *Sansfaçon (Succession de)*⁷⁰. Cette fois, le tribunal devait se prononcer sur la validité d'une clause testamentaire imposant le recours à l'arbitrage en cas de désaccord entre le liquidateur de la succession et l'un des héritiers ou entre les héritiers. La Cour souligne d'abord que la liberté de tester est garantie par l'article 6 de la Charte québécoise pour ensuite conclure néanmoins à la nullité de la clause contestée. Dans la mesure où le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens est protégé « sauf dans la mesure prévue par la loi », les dispositions du Code civil qui encadrent l'arbitrage à l'intérieur d'une convention entre deux parties – par opposition à un acte unilatéral tel un testament – doivent prévaloir. Un testateur ne peut donc imposer l'arbitrage à ses héritiers de par sa seule volonté⁷¹.

Dans d'autres jugements, les tribunaux québécois ont reconnu implicitement que la liberté de tester est garantie par l'article 6 de la Charte⁷². Les principes qui encadrent l'interprétation des lois de protection des droits de la personne fournissent des arguments au soutien de cette position.

Une approche particulière s'impose pour l'interprétation des lois constitutionnelles et quasi constitutionnelles de protection des droits de la personne⁷³. Celles-ci doivent faire l'objet d'une interprétation à la fois « libérale »⁷⁴, « généreuse »⁷⁵, « contex-

69. *Ibid.*, par. 33.

70. [2003] R.J.Q. 1484 (C.S.), par. 9.

71. Notons par ailleurs que l'article 2639 C.c.Q. prohibe l'arbitrage dans les matières familiales.

72. Voir notamment *Béland-Abraham c. Abraham-Kriaa*, [1988] R.J.Q. 1831 (C.S.) ; *Trahan (Succession)*, [2004] R.J.Q. 1613 (C.S.).

73. *New Brunswick (Human Rights Commission) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, par. 65.

74. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 156 ; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, 370 ; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, par. 33 ; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, par. 33.

75. *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1100, par. 22 ; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, par. 17 ; *Greater Vancouver Transportation* (à suivre...)

tuelle »⁷⁶, « téléologique »⁷⁷ et « évolutive »⁷⁸ « de manière à réaliser les objets généraux qu'elle[s] sous-tend[ent] de même que les buts spécifiques de [leurs] dispositions particulières »⁷⁹. L'article 6 de la Charte québécoise ne fait pas exception : « cette disposition doit recevoir l'interprétation la plus large possible »⁸⁰.

Dans le passé, le droit protégé par l'article 6 de la Charte québécoise a parfois été considéré comme inférieur aux autres droits garantis par la Charte parce qu'il est assujéti « aux limitations et interdictions prévues par les lois ou règlements »⁸¹. Pourtant, la présence d'une limite intrinsèque devrait seulement avoir pour effet d'empêcher qu'une loi puisse être déclarée inopérante au motif qu'elle contrevient au droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens. Elle ne prive pas ce droit de son caractère quasi constitutionnel et ne signifie pas qu'il doive être interprété de façon restrictive⁸². Ce sont plutôt les lois qui établissent des limites au droit de propriété qui doivent être interprétées de façon étroite⁸³.

(...suite)

Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, par. 27.

76. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 ; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355.

77. *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, préc., note 74, par. 33 ; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 75, par. 27 ; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 74, par. 33.

78. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

79. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., note 35, par. 42 ; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 26.

80. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Caron*, [1992] R.J.Q. 1084 (C.S.).

81. *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839, 851 et 852 ; *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542, 547 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Normandin*, 2011 QCTDP 6.

82. L'étude de la jurisprudence révèle, cependant, que l'article 6 fait l'objet d'une interprétation plutôt étroite. Sur cette question, voir Louise LANGEVIN et Mélanie SAMSON, « Rapport du Québec : Le rayonnement des droits de la personne en droit privé québécois : Que de chemin parcouru... mais que de chemin à parcourir ! », dans Verica TRSTENJAK et Petra WEINGERL (dir.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, coll. « Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law », vol. 15, Springer, 2016, p. 143, 172 et s.

83. P.-A. CÔTÉ avec la collaboration de S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 41, par. 1719-1734 ; *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, préc., note 81 ; *Brensim Corp. c. Montréal (Ville de)*, [1986] n° AZ-86021166 (C.S.), J.E. 86-315 (C.S.).

L'article 6 de la Charte québécoise renforce le caractère « primordial » du droit de propriété protégé par l'article 947 C.c.Q.⁸⁴ en lui attribuant des « dimensions quasi constitutionnelles »⁸⁵. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada rappelle la nature « fondamentale »⁸⁶ du droit de propriété et sa « plénitude »⁸⁷ :

Ce droit se distingue des autres droits réels par son caractère absolu, exclusif et perpétuel » : S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2^e éd. 2014), p. 83. Comme le souligne le professeur Normand, ce droit donne à son titulaire « la maîtrise totale d'un bien, alors que les autres droits réels ne confèrent que des maîtrises partielles » : p. 99 (références omises). « Le propriétaire est seul à prétendre à l'ensemble des attributs sur l'objet de son droit » : p. 100.⁸⁸

Le droit de propriété confère à son titulaire le droit d'user, de jouir et de disposer⁸⁹. Tous ces attributs du droit de propriété sont protégés par l'article 6 de la Charte. Le droit de disposer de son bien est « une prérogative fort étendue »⁹⁰. Le terme « disposition » se définit de la manière suivante : « Transfert entre vifs ou à cause de mort d'un droit patrimonial »⁹¹. La définition qu'en donne TERMIUM, la base de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada, montre clairement que la notion de « disposition » est large et peut désigner le transfert d'un bien par testament :

Dans une autre acception, la disposition est une forme d'aliénation. C'est l'action de disposer d'un bien, de s'en défaire, de renoncer à sa jouissance, notamment par vente, cession ou transmission. On le voit, les concepts d'aliénation, de vente, de cession, de transmission sont plus restreints que celui de disposition. [...]

84. Art. 947, al. 1 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi » ; *Droit de la famille – 172129*, 2017 QCCS 4133, par. 34.

85. *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22, par. 108 ; *Brensim Corp. c. Montréal (Ville de)*, préc., note 83.

86. *Ostiguy c. Allie*, *ibid.*, par. 104. Plus anciennement, voir *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, préc., note 81.

87. *Ostiguy c. Allie*, *ibid.*, par. 23. Voir aussi *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, par. 41.

88. *Ostiguy c. Allie*, *ibid.*, par. 108.

89. Art. 847 C.c.Q. ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 88.

90. S. NORMAND, *ibid.*, p. 90.

91. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, « disposition ».

L'auteur d'une disposition est le disposant, la disposante, le ou la destinataire de la disposition étant appelé bénéficiaire. L'acte de disposition (par opposition à l'acte d'administration et à l'acte conservatoire) a pour objet de prévoir la transmission ou le transfert d'un bien (la vente de son terrain, par exemple), que ce soit du fait de la volonté des parties à l'opération (constitution d'un acte hypothécaire ou passation d'un bail) ou par application de la loi (dans le cadre d'une expropriation par exemple). [...]. L'acte de disposition testamentaire ou, plus simplement, la disposition testamentaire vise à régler une succession en disposant par testament. On dit que le testateur dispose, qu'il a la capacité de disposer. Capacité, incapacité absolue, relative de disposer et de recevoir. Disposition par voie de règlement de succession. [...]

[...]

La disposition peut s'opérer entre vifs (cas de la donation) ou à cause de mort (celle qui est consignée dans un testament ou un codicille). Elle peut aussi s'effectuer à titre onéreux (cas de la vente d'un bien) ou à titre gratuit, qu'on appelle dans l'usage libéralité (la donation, soit le transfert d'un bien au profit d'un tiers sans contrepartie, est un mode de disposition). [...].⁹² [nous soulignons]

Le sens généralement donné à la notion de « bien » par les tribunaux est aussi compatible avec l'idée que l'article 6 de la Charte protège la liberté de tester⁹³. Dans la Charte⁹⁴ comme dans le Code civil⁹⁵, la notion de « bien » renvoie tant aux biens corporels qu'aux biens incorporels. La Cour supérieure du Québec⁹⁶ en a retenu la définition donnée par le dictionnaire *Larousse* : « Chose matérielle ou droit susceptible de faire partie d'un patrimoine. »⁹⁷ La notion de bien désigne donc notamment un bien corporel mobilier ou immobi-

92. Voir *TERMIUM Plus*, « disposition », en ligne : <<http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra>>.

93. Au sujet de l'interprétation étroite de la notion de « bien » dans le contexte spécifique de la Charte québécoise, voir cependant L. LANGEVIN et M. SAMSON, préc., note 82, p. 174.

94. *Automobiles Jalbert Inc. c. BMW Canada Inc.*, 2004 CanLII 48026 (QC C.S.), inf. pour d'autres motifs 2006 QCCA 1068 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 22-02-2007, 31685) ; *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général Inc.*, [1984] J.Q. n° 698 (C.S.) (LN/QL), J.E. 84-992 (C.S.).

95. Art. 899 C.c.Q. ; Madeleine CANTIN-CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127 ; Gaële GIDROL-MISTRAL, « Les biens immatériels en quête d'identité », (2016) 46:1 R.D.U.S. 67. Voir aussi : *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, préc., note 87, par. 53.

96. *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général Inc.*, préc., note 94.

97. Dictionnaire *Larousse*, « bien », en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/bien/9153?q=bien#9076>>.

lier, un crédit d'impôt⁹⁸, une marque de commerce⁹⁹, des droits d'auteurs¹⁰⁰, une police d'assurance vie¹⁰¹ et, plus généralement, le patrimoine d'une personne.

Il convient de souligner néanmoins que la notion de bien fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle plus « circonspecte »¹⁰² dans le contexte de la Charte québécoise qu'en droit civil. Bien que cette question ait fait l'objet de controverses, il est maintenant admis qu'une créance constitue un bien au sens du *Code civil du Québec*¹⁰³. En vertu des règles du Code, les créances, même litigieuses, font partie du patrimoine successoral et doivent être mentionnées dans l'inventaire des « biens » confectionné par le liquidateur de la succession¹⁰⁴. Par contre, les tribunaux ont jusqu'à maintenant considéré qu'une créance ne constitue pas un bien au sens de la Charte¹⁰⁵. La Cour d'appel du Québec a même jugé cette hypothèse « farfelue »¹⁰⁶ ! Dans la mesure où il s'agissait de définir la portée du droit à la « jouissance paisible » de ses biens, cette interprétation étroite de la notion de bien ne fait cependant pas obstacle à ce que le droit à la « libre disposition de ses biens », aussi protégé par l'article 6 de la Charte, soit reconnu comme englobant la liberté de tester.

98. *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76, par. 165 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2016-09-08, 36921).

99. *Brunet c. Chrysler Canada Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2276 (C.S.).

100. *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, par. 114 ; *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287.

101. *Gélinas c. Simard (Succession de)*, 2002 CanLII 26506 (QC C.S.), par. 14 (appel rejeté C.A., 11-12-2003, n° 200-09-004312-036 (jugement rectifié le 16-02-2004), 2003 CanLII 72160 (QC C.A.)).

102. Anne-Françoise DEBRUCHE, « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ? », (2006) *R. du B.* 175, 180.

103. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666.

104. *Bergeron c. Fortier*, 2005 QCCA 319.

105. Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., vol. 1, « Principes généraux », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 382 ; *Parent c. Beauparlant*, 2010 QCCS 3962, par. 44 ; *Gaudet c. P & B Entreprises ltée*, 2011 QCCS 5867, par. 58 ; *Jean-Jacques c. 9119-3631 Québec inc.*, 2011 QCCS 2163, par. 105 et 106. Voir aussi *Shama Textiles inc. c. Certain Underwriters at Lloyd's*, 2000 CanLII 4915 (QC C.A.) ; *Azoulay c. Azoulay*, 2000 CanLII 11378 (QC C.A.) ; *Les Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, 2006 QCCA 560, par. 24 ; *Association pour la protection automobile c. Ultramar ltée*, 2012 QCCS 4199, par. 260 ; *Marchés Mondiaux CIBC inc. c. Côté*, 2013 QCCS 3731.

106. *Shama Textiles inc. c. Certain Underwriters at Lloyd's*, *ibid.*

Somme toute, une interprétation large et libérale de l'article 6 de la Charte, en conformité avec son objet et son libellé, suggère que cette disposition protège la liberté de tester. La même conclusion s'impose dans une perspective de droit comparé.

L'article 1 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*¹⁰⁷ a servi d'inspiration aux rédacteurs de l'article 6 de la Charte québécoise¹⁰⁸. Dans cette optique, il est pertinent de noter que cette disposition accorde une protection à la liberté de tester. Elle se lit comme suit :

Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

L'article 1 du Premier Protocole additionnel garantit en substance le droit de propriété¹⁰⁹. Les termes « propriété » et « biens » doivent, à cet égard, être interprétés de façon large, puisqu'ils recouvrent non seulement les « droits réels, comme les servitudes », mais également les « biens incorporels comme des créances, pour autant qu'elles soient actuelles et exigibles »¹¹⁰.

Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, dans un contexte de droit successoral, que le

107. 20 mars 1952, 213 R.T.N.U. 262, S.T.E. n° 9 (ci-après « Premier Protocole additionnel »).

108. Alain-Robert NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives », (2006) *R. du B.* 1, 10 ; Alain-Robert NADEAU, « Projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971) », (2006) *R. du B.* 571, 575.

109. Voir notamment *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 63, 13 juin 1979, CEDH ; *Fredin c. Suède*, n° 12033/86, § 41, 18 février 1991, CEDH ; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 40, 1^{er} février 2000, CEDH.

110. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. « Répertoire classique du droit belge », Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, par. 829, citant sur ce point *Van der Mussele c. Belgique*, n° 8919/80, § 48, 23 novembre 1983, CEDH.

droit de disposer de ses biens est protégé par cet article puisqu'il « constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété »¹¹¹. Pour l'auteur Charles Bahurel, la protection ainsi accordée à la libre disposition des biens implique, de toute évidence, la garantie de la liberté de tester :

[O]n ne voit pas ce qui pourrait s'opposer à ce que le droit de tester soit inclus dans le droit de disposer de ses biens. Comme une donation, le legs a un effet translatif au profit du légataire. La différence tient à l'objet de la disposition : le donateur dispose de biens qu'il a, tandis que le testateur dispose de biens qu'il laissera à son décès. Certes, le testateur dispose de biens qu'il n'aura plus ; mais il dispose surtout de biens qu'il a eus jusqu'à son décès. Le droit de propriété est toujours à la source du droit de tester.¹¹²

De la même façon, le professeur Michel Grimaldi, en s'appuyant aussi sur l'arrêt *Marckx*¹¹³, mentionne que « la liberté de tester bénéficie [...] de la protection de la [Convention européenne des droits de l'homme] »¹¹⁴. Dans une décision subséquente, certains juges de la Cour européenne sont arrivés au même constat en concluant que l'article 1 du Premier Protocole additionnel protège la liberté de choix du testateur et garantit qu'il puisse « conserver une certaine liberté dans la transmission de ses biens »¹¹⁵.

En conclusion, l'interprétation de l'article 6 de la Charte québécoise en fonction de son historique, de son objet, de son libellé et de son lien de filiation avec la Convention européenne des droits de l'homme permet d'affirmer que la liberté de tester est un droit quasi constitutionnel garanti par la Charte. Sa nature particulière a des répercussions sur l'interaction de la liberté de tester avec les autres droits fondamentaux ainsi que sur les obligations professionnelles du notaire. Nous verrons que ces obligations doivent être conciliées avec l'obligation d'accommodement qui incombe au notaire en vertu de la Charte.

111. *Marckx c. Belgique*, préc., note 109, par. 63.

112. Charles BAHUREL, *Les volontés des morts – Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 557, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2014, par. 155.

113. Préc., note 109.

114. Michel GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris, Litec, 2001, par. 58-2.

115. *Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01 (dissidence du juge Bratza et dissidence du juge Garlicki), § 8, 13 juillet 2004, CEDH.

2. Le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de tester

Le principal objectif poursuivi par la Charte est « la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination »¹¹⁶. L'égalité entre les personnes y est affirmée dans le préambule¹¹⁷, lequel sert de « toile interprétative » pour l'ensemble de la Charte¹¹⁸. Le chapitre I.1 est par ailleurs entièrement consacré à la protection du droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés. L'article 10 est une disposition pivot ; elle énonce les critères à remplir pour établir la présence de discrimination et énumère les motifs de discrimination interdits¹¹⁹, dont la langue, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

La discrimination est une notion difficile à cerner. La Cour suprême la définit de la manière suivante :

[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe, des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.¹²⁰

Pendant l'étude du projet de loi qui a introduit l'article 722.1 dans le Code, la Chambre des notaires a soutenu que l'impossibilité pour les personnes sourdes ne pouvant ni parler, ni lire, ni écrire de faire un testament devant notaire n'avait rien de discriminatoire parce que : « [c]e n'est pas en raison d'un manque de considération sociale ou juridique que les personnes sourdes-muettes illettrées se voient dans l'impossibilité de tester devant notaire, mais [...] parce qu'elles ne peuvent pas communiquer directement avec le

116. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 35, par. 34.

117. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 35, préambule, deuxième considérant : « Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi. »

118. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68.

119. À l'exception des antécédents judiciaires qui font l'objet d'un traitement spécifique à l'article 18.2 de la Charte.

120. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174 et 175.

notaire »¹²¹. Dans son mémoire, la Chambre établit une comparaison avec la personne qui n'a aucune notion d'anglais ou de français et dont la langue est inconnue du notaire. Cette dernière ne peut davantage tester devant notaire et ne serait pas non plus victime de discrimination :

[L]e sourd-muet illettré se trouve dans la même situation que le justiciable d'origine étrangère qui ne possède aucune notion de français ou d'anglais et dont la langue maternelle est inconnue du notaire. Prétendrait-on que ce justiciable fait l'objet d'une discrimination parce que le notaire ne peut recevoir son testament ? Poser la question, c'est y répondre.¹²²

Contrairement à la Chambre des notaires, nous estimons que l'impossibilité pour toutes ces personnes de faire un testament notarié contreviendrait aux articles 6, 10 et 12 de la Charte et qu'elle serait donc discriminatoire. Nous verrons plus loin que cette discrimination serait au surplus injustifiée.

La Cour suprême du Canada reconnaît que « [l]a discrimination peut revêtir de nombreuses formes »¹²³ et qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit intentionnelle pour contrevenir à la Charte¹²⁴. La discrimination peut être directe, indirecte ou systémique. Il y a discrimination indirecte ou par suite d'un effet indésirable lorsqu'une personne adopte une règle ou une norme à première vue neutre et applicable à tous, mais que celle-ci produit un effet préjudiciable pour une personne ou un groupe de personnes en raison d'une caractéristique personnelle reconnue comme un motif interdit de discrimination¹²⁵. Certains comportements discriminatoires sont

121. CHAMBRE DES NOTAIRES, préc., note 3, p. 21 [notes omises ; soulignements dans l'original].

122. *Ibid.* [notes omises].

123. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 32 ; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, par. 24.

124. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 549 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, *ibid.*, par. 40 ; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, *ibid.*, par. 24 ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 120.

125. La discrimination indirecte ou par suite d'un effet indésirable est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences ou handicaps. Il est rare que des mesures discriminatoires soient prises à l'endroit des personnes handicapées. Il est plus fréquent que des normes d'application générale aient un effet différent sur ces personnes : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 64.

commis de bonne foi¹²⁶, « multifactoriels ou inconscients »¹²⁷. De plus, il n'est pas nécessaire qu'un comportement perpétue des préjugés ou des stéréotypes pour être qualifié de discriminatoire¹²⁸. L'argument de la Chambre des notaires tiré du fait que ce ne soit pas en raison d'un « manque de considération sociale ou juridique » que les personnes sourdes incapables de parler, de lire et d'écrire ne peuvent tester devant un notaire n'est donc pas convaincant.

Dans le contexte de la Charte québécoise, la grille d'analyse applicable « ne change pas » « quelle que soit la forme que prend la discrimination »¹²⁹. La présence de discrimination est établie *prima facie* lorsque sont réunis les trois éléments suivants : « (1) une “distinction, exclusion ou préférence”, (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui “a pour effet de détruire ou de compromettre” le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne »¹³⁰. De deux choses l'une : soit les règles du Code civil contrevenaient à l'article 10 de la Charte jusqu'à l'adoption des articles 722.1 et 730.1, soit les règles du Code civil, interprétées en harmonie avec la Charte, permettaient déjà à la personne sourde ne pouvant ni parler, ni lire, ni écrire de faire un testament devant notaire ou devant témoins.

Priver une personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire de prévoir la dévolution de ses biens par testament notarié ou devant témoins constitue une distinction ou une exclusion au sens du premier alinéa de l'article 10 de la Charte. Cette distinction ou exclusion se fonde sur des motifs interdits de discrimination, soit le handicap, l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap, la langue et la condition sociale.

126. *Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831, 841-842 (C.A.).

127. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123, par. 41.

128. *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 (par. 50).

129. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123, par. 34.

130. *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, 98 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123, par. 35.

Au moment de son adoption en 1975, la Charte n'offre aucune protection contre la discrimination fondée sur une déficience ou un handicap. C'est en 1978 que l'article 10 est modifié pour y inclure une interdiction de discrimination au motif qu'une personne est « handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap ». Puis, en 1982, la disposition est modifiée de manière à interdire désormais la discrimination fondée sur « le handicap ou [l]'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap »¹³¹. La Charte ne définit pas en quoi consiste un handicap¹³². S'agissant d'une notion qui « peut avoir une acception vague ou très large »¹³³, le handicap « fait l'objet d'interprétations multiples et parfois contraires »¹³⁴. La Cour suprême du Canada en retient une définition extensive selon laquelle le handicap recoupe les anomalies physiques ou mentales, permanentes ou temporaires, qui entraînent ou non une limitation fonctionnelle¹³⁵. Il ne fait aucun doute que la surdité et le fait de ne pouvoir parler constituent des handicaps au sens de la Charte québécoise¹³⁶. Le recours aux services d'un interprète en langue des signes représente un moyen pour pallier ces handicaps¹³⁷.

131. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 3.

132. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 35, par. 26.

133. *Ibid.*, par. 26.

134. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gaumond) c. Montréal (Société de transport de la Communauté urbaine de) (STCUM)*, 1996 CanLII 20 (Q.C.T.D.P.).

135. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 35 ; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30.

136. Voir à cet égard *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.Q.). En ce qui concerne la surdité ou un problème auditif, voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, préc., note 135 ; *Laberge c. Montréal (Ville de)*, 1994 CanLII 2162 (Q.C.T.D.P.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18 (requête pour permission d'appeler accueillie : 2016 QCCA 1660) ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Personnes sourdes ou malentendantes et chien d'assistance : la reconnaissance d'un nouveau moyen pour pallier le handicap auditif*, par Lucie France DAGENAIS et Karina MONTMINY, 2007, en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/chiens_assistance_personnes_sourdes.pdf>.

137. Voir à cet égard *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, *ibid.*

Dans l'arrêt *Eldridge*¹³⁸, la Cour suprême du Canada relève « que le désavantage que subissent les personnes atteintes de surdité découle dans une large mesure d'obstacles à la communication avec les entendants »¹³⁹. L'interprétation gestuelle est un moyen « qui permet aux personnes atteintes de surdité de recevoir la même qualité de [services] que les entendants »¹⁴⁰. Par conséquent, le fait de ne pas autoriser, voire, en certaines circonstances,

[...] de ne pas fournir de services d'interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis aux personnes atteintes de surdité par le par. 15(1) [de la Charte canadienne]. Cette omission prive ces personnes de l'égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants.¹⁴¹

La langue des signes n'est pas seulement un moyen de pallier un handicap ; c'est « une langue à part entière »¹⁴², utilisée par les personnes sourdes, mais aussi par un grand nombre de personnes entendantes qui y recourent par choix ou pour entrer en relation avec des personnes sourdes. Sur le plan linguistique, sociolinguistique et biologique, elle possède les mêmes caractéristiques qu'une langue parl  e¹⁴³. Une différence de traitement fondée sur l'utilisation d'une langue des signes peut donc constituer une discrimination fondée sur la langue, au sens de l'article 10 de la Charte. La Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées, dont le Canada est signataire, reconnaît aux langues des signes un statut égal à celui des langues écrites/parl  es¹⁴⁴. La

138. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 125, par. 57.

139. *Ibid.*, par. 57.

140. *Ibid.*, par. 71.

141. *Ibid.*, par. 80. Dans le même sens, voir aussi *Howard v. University of British Columbia*, (1993) 18 C.H.R.R. D/353 (BCCounHumRts).

142. INSTITUT RAYMOND-DEWAR, « Langue des signes : une langue à part entière », en ligne : <<http://raymond-dewar.qc.ca/langue-des-signes/sourds-quebec-apprendre-langage-des-signes/>>. Voir   galement Laura Ann PETITTO, « Are Signed Languages "Real" Languages? Evidence from American Sign Language and Langue des Signes Québécoise », (1994) 7(3) *Signpost* 1 traduit en français dans : « Les langues des signes sont-elles de « vraies » langues ? Une réponse probante issue de l'étude de l'American Sign Language et de la Langue des Signes Québécoise », Petitto.net, 1996, en ligne : <http://petitto.net/wp-content/uploads/2016/03/1994_Petitto_Le-Langues-Des-Signes-Sont-Elles-De-Vraies-Langues.pdf>.

143. L.A. PETITTO, *ibid.*

144. *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3, par. 21b) et e).

langue des signes est reconnue en tant que langue officielle en Nouvelle-Zélande, en Écosse, en Finlande et en Suède¹⁴⁵. Une reconnaissance similaire est envisagée par le gouvernement fédéral canadien¹⁴⁶.

Les personnes sourdes qui ne peuvent ni parler, ni lire, ni écrire peuvent être victimes de discrimination « intersectionnelle »¹⁴⁷, c'est-à-dire que les différences de traitement dont elles font l'objet peuvent être liées à plus d'un motif de discrimination¹⁴⁸. L'analphabétisme souvent associé au fait de ne pouvoir entendre ni parler et qui empêche la personne de communiquer par écrit avec le notaire et de signer son testament est aussi, en lui-même, un motif de discrimination interdit en ce qu'il constitue une « condition sociale ».

La Charte québécoise prohibe la discrimination fondée sur la « condition sociale » depuis son adoption en 1975¹⁴⁹. Les tribunaux l'ont définie comme étant

la situation qu'une personne occupe au sein d'une communauté, notamment de par ses origines, ses niveaux d'instruction, d'occupation et de revenu, et de par les perceptions et représentations qui, au

145. LA PRESSE CANADIENNE, « Le langage des signes pourrait devenir la 3^e langue officielle du pays », *Radio-Canada*, 2016, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1003464/langue-signes-carla-qualtrough-lsq-asl-canada>>.

146. *Ibid.* ; GOUVERNEMENT DU CANADA, « Canada accessible – Élaborer une loi fédérale sur l'accessibilité : ce que nous avons appris des Canadiens », en ligne, 2017 : <<https://www.canada.ca/fr/emploi-developpement-social/programmes/loi-prevue-accessibilite/rapports/consultations-ce-que-nous-avons-appris.html>>. La communauté sourde du Québec réclame également la reconnaissance officielle de la langue des signes par le législateur québécois : CENTRE QUÉBÉCOIS DE LA DÉFICIENCE AUDITIVE et REGROUPEMENT DES ORGANISMES DES SOURDS DU QUÉBEC, *Pour une reconnaissance officielle de la langue des signes québécoise (LSQ)*, Montréal, 2001, en ligne : <<http://www.cvm.qc.ca/saide/eleve/reconnaissanceLSQ.pdf>>.

147. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire de Montréal*, 2017 QCCA 286, par. 50.

148. *Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 1791, par. 79.

149. Ce motif de discrimination est aussi interdit par les lois du Nouveau-Brunswick et des Territoires du Nord-Ouest. Pour une comparaison des garanties offertes en la matière par ces trois lois, voir Wayne MACKAY et Natasha KIM, *L'ajout de la condition sociale à la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Commission canadienne des droits de la personne, 2009, en ligne : <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/cs_fra_1.pdf>.

sein de cette communauté, se rattachent à ces diverses données objectives.¹⁵⁰

Bien que cette question se soit rarement posée jusqu'à maintenant, il a été reconnu que le fait d'être peu scolarisé¹⁵¹ ou analphabète¹⁵² peut constituer une condition sociale protégée par l'article 10 de la Charte. La *Loi sur les droits de la personne* des Territoires du Nord-Ouest, qui prohibe aussi la discrimination fondée sur la condition sociale depuis son entrée en vigueur en 2004, associe d'ailleurs expressément ces caractéristiques personnelles à la notion de « condition sociale » :

Condition d'un individu résultant de son inclusion, autrement que de façon temporaire, au sein d'un groupe social identifiable et socialement ou économiquement défavorisé pour des causes liées à la pauvreté, à la source de revenu, à l'analphabétisme, au niveau d'instruction ou à d'autres circonstances similaires.¹⁵³

Précédemment, les travaux du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avaient aussi mis en lumière le fait qu'un faible niveau d'instruction ou l'analphabétisme puissent faire partie de l'identité d'une personne :

Les uns diraient peut-être que la pauvreté et l'analphabétisme sont moins susceptibles d'établir l'identité d'un individu que le sexe ou la religion. Mais notre recherche démontre que la persistance de tels fac-

150. *Commission des droits de la personne c. Gauthier*, 1993 CanLII 8751 (QC T.D.P.) [nos soulignements – ci-après « *Gauthier* »]. Voir aussi *Whittom c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1997 CanLII 10666 (QC C.A.), [1997] R.J.Q. 1823 (C.A.) [ci-après « *Whittom* »]; *Québec (Commission des droits de la personne c. J.M. Brouillette Inc.)*, [1994] 23 CHRR D/495, par. 13 (QC T.D.P.) [ci-après « *J.M. Brouillette Inc.* »]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, 1999 CanLII 52 (QC T.D.P.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois*, 2001 CanLII 9093 (QC T.D.P.) [ci-après « *Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois* »]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brodeur-Charron*, 2014 QCTDP 10 [ci-après « *Brodeur-Charron* »]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Marchand) c. Girard*, 2016 QCTDP 23, par. 53.

151. *GM et Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2015 QCTAQ 01671 (requête en révision judiciaire accueillie en partie : 2016 QCTAQ 02237). Par analogie, voir *Mercer v. Northwest Territories and Nunavut (Workers' Compensation Board)*, [2007] CHRR Doc. 07-479 (T.D.P.T.N.-O.), 2007 NWT HRAP 4, par. 13 (appel rejeté : *WCB v. Mercer et al.*, 2012 NWTSC 57).

152. *Décision – 18*, [1986] D.L.Q. 317 (C.d.p.Q.).

153. *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18, par. 1(1) [nous soulignons].

teurs et la façon dont ils modèlent les rapports économiques et sociaux suggèrent qu'ils peuvent faire partie de l'identité ou de la perception de l'identité d'une personne.¹⁵⁴

Somme toute, les personnes sourdes qui ne peuvent ni parler, ni lire, ni écrire et qui utilisent une langue des signes pour communiquer ont plusieurs caractéristiques personnelles sur la base desquelles la discrimination est prohibée. Le fait qu'une personne présente une ou plusieurs caractéristiques reconnues en tant que motif interdit de discrimination ne suffit pas, cependant, pour conclure qu'une différence de traitement à son endroit est discriminatoire¹⁵⁵. Encore faut-il que l'une ou plusieurs de ces caractéristiques aient contribué à la différence de traitement et qu'il en résulte un préjudice dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté protégés par la Charte.

Sur le premier point, la Cour suprême du Canada estime « qu'il n'est pas nécessaire que la personne responsable de la distinction, de l'exclusion ou de la préférence ait fondé sa décision ou son geste uniquement sur le motif prohibé ; il est suffisant qu'elle se soit basée partiellement sur un tel motif » pour que son comportement soit jugé discriminatoire¹⁵⁶. En d'autres termes, il suffit que le motif ou la caractéristique protégés « ait contribué »¹⁵⁷ à la décision ou au geste reproché, c'est-à-dire qu'il constitue « un facteur » ayant « joué un rôle » dans le traitement préjudiciable pour que celui-ci soit considéré discriminatoire¹⁵⁸.

Quant à l'exigence d'un effet préjudiciable sur la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté protégés par la Charte, elle tient au fait que l'article 10 de la Charte ne protège pas le droit à l'égalité de façon autonome. Ce qui est garanti par cette disposition,

154. COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision, Rapport du Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, ministère de la Justice et du Procureur général, 2000, en ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/J2-168-2000F.pdf>>, p. 110 [le Rapport La Forest].

155. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Constructions Robert Godard Inc.*, 2002 CanLII 13766 (QC T.D.P.).

156. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123, par. 48.

157. *Ibid.*

158. *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, préc., note 123, par. 46.

c'est le droit à la non-discrimination dans l'exercice des autres droits et libertés protégés par la Charte¹⁵⁹.

C'est d'abord la combinaison des articles 6 et 10 de la Charte qui protège le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice de la liberté de tester. Une obligation de non-discrimination incombe, par ailleurs, de façon spécifique au notaire en vertu des articles 10 et 12 de la Charte. L'article 12 de la Charte garantit le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. »

Cette disposition « vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination »¹⁶⁰. Le refus de louer un logement pour un motif discriminatoire est assurément la situation la plus souvent sanctionnée par l'article 12¹⁶¹. Les services ordinairement offerts au public englobent aussi les services municipaux¹⁶², les services financiers¹⁶³ et d'assurance¹⁶⁴, de garderie¹⁶⁵, d'hôtellerie¹⁶⁶ et de loisirs¹⁶⁷, le commerce de

159. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123, par. 53.

160. *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391, 398 (C.A.F.).

161. La jurisprudence du Tribunal des droits de la personne est particulièrement abondante sur cette question. Voir notamment : *Whittom c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 150 ; *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blanchette*, 2014 QCTDP 9 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Marchand) c. Girard*, préc., note 150.

162. *Mastropaolo c. St-Jean-de-Matha (Municipalité de)*, 2010 QCTDP 7.

163. *D'Aoust c. Vallières*, 1993 CanLII 422 (QC T.D.P.).

164. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Industrielle Alliance, assurances auto et habitation inc.*, 2013 QCTDP 7.

165. *C.D.P.D.J. c. Garderie du Couvent inc.*, 1997 CanLII 59 (QC T.D.P.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre à la petite enfance Gros Bec*, 2008 QCTDP 14 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Potter et autres) c. Petite Académie (9139-2167 Québec inc.)*, 2016 QCTDP 15.

166. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lambert*, 2000 CanLII 13 (QC T.D.P.).

167. *Commission des droits de la personne c. Fédération québécoise de hockey sur glace Inc.*, [1978] C.S. 1076 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Stoneham-et-Tewkesbury (Municipalité de cantons unis)*, 2011 QCTDP 15 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (à suivre...)

détail¹⁶⁸, les services fournis dans les milieux d'enseignement¹⁶⁹ et de formation¹⁷⁰ et les services de santé¹⁷¹. Les services d'un professionnel tel qu'un médecin¹⁷², un dentiste¹⁷³, un psychologue¹⁷⁴ ou un avocat sont assujettis à l'article 12 de la Charte. De même, en vertu de cette disposition, un notaire ne saurait refuser ses services à une personne sur la base d'une caractéristique personnelle énumérée à l'article 10 de la Charte telle que le handicap, l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap, la langue ou la condition sociale.

En somme, par une combinaison des articles 6, 10 et 12, la Charte protège la liberté de tester sans discrimination de la personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire, et ce, indépen-

(...suite)

(Dalir et autres) c. Québec (Ville de), 2013 QCTDP 32 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre Latitude Fitness inc.*, 2013 QCTDP 27. Par analogie, voir aussi *Marine Drive Golf Club v. Buntain*, 2007 BCCA 17, (2007) 278 D.L.R. (4th) 309 (BCCA) (autorisation d'appel rejetée : [2007] S.C.C.A. (Quicklaw) No. 112 (C.S.C.)).

168. *Commission des droits de la personne du Québec c. Emergency Car Rental Inc.*, [1980] C.P. 121 ; *Sejko c. Gabriel Aubé inc.*, [1999] R.R.A. 784 (C.Q.).
169. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Corp. du Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.) ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82 ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire de Montréal*, préc., note 147 ; Mona PARÉ, « L'intégration rime-t-elle avec l'égalité ? La versification en faveur de l'inclusion par le Tribunal des droits de la personne », dans *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 145-181. Par analogie, voir aussi *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, préc., note 74 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 ; *Howard v. University of British Columbia*, préc., note 141.
170. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 123.
171. *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.) ; *Commission des droits de la personne c. G. (G.)*, [1995] R.J.Q. 1601 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Virage Santé mentale inc.*, 1998 CanLII 55 (Q.C.T.D.P.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.Q.) ; Bruno GUILLOT-HURTUBISE, « Dentiste trouvé coupable de discrimination », *Bulletin canadien VIH, sida et droit*, vol. 1, n° 4, juillet 1995.
172. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, *ibid.*
173. *Hamel c. Malaxos*, préc., note 171 ; *Commission des droits de la personne c. G. (G.)*, préc., note 171.
174. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Virage Santé mentale inc.*, préc., note 171.

damment de l'article 722.1 du Code civil. Le notaire qui refuse de rédiger le testament d'une personne qui utilise le langage des signes commet, à première vue, un acte discriminatoire. L'obligation d'accommodement qui incombe au notaire doit toutefois être conciliée avec ses autres obligations professionnelles.

3. Les obligations professionnelles et le devoir d'accommodement du notaire

Le droit à l'égalité n'est pas absolu. L'obligation d'accommodement qui en découle non plus¹⁷⁵. En matière de services destinés au public, une mesure discriminatoire peut être justifiée si elle est rationnellement liée à la poursuite d'objectifs légitimes et raisonnablement nécessaire à leur atteinte¹⁷⁶. Ces conditions sont cumulatives. Il incombe au fournisseur de service une obligation d'accommodement « raisonnable ». Celui qui offre un service destiné au public a « l'obligation de faire tout ce qui est raisonnablement possible » pour tenir compte du droit à l'égalité des personnes ayant un handicap ou une autre caractéristique personnelle protégée¹⁷⁷. Il appartient à la personne victime de discrimination de choisir, parmi les mesures d'accommodement raisonnables, celle qui lui convient le mieux¹⁷⁸. L'obligation d'accommodement est à la fois individuelle et collective. Un fournisseur de service ne saurait s'en décharger en redirigeant la personne vers un autre fournisseur de service¹⁷⁹. Il est tenu d'offrir lui-même un accommodement raisonnable, jusqu'à la limite de la contrainte excessive. Quoique louable, la proposition de la Chambre des notaires que certains de ses membres apprennent le langage des signes afin de pouvoir communiquer directement avec

175. *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, par. 38. Voir aussi *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, par. 15 et 16.

176. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, par. 19 ; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, par. 119 ; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61.

177. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, *ibid.*, par. 121 [nous soulignons].

178. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 136.

179. *C.D.P.D.J. c. Garderie du Couvent inc.*, préc., note 165 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, J.E. 98-796 (T.D.P.Q.).

les personnes sourdes et incapables de parler, de lire et d'écrire¹⁸⁰ ne pouvait donc, à elle seule, régler la question.

L'obligation d'accommodement raisonnable trouve sa limite dans la notion de « contrainte excessive »¹⁸¹. Il y a contrainte excessive « lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes »¹⁸². Sans l'avoir dit expressément, c'est sur cette notion de contrainte excessive que la Chambre des notaires paraît avoir pris appui en commission parlementaire pour faire valoir que l'intervention d'un interprète gestuel était incompatible avec les fonctions du notaire¹⁸³. Selon la Chambre, la présence d'un intermédiaire empêcherait le notaire de vérifier adéquatement la validité et la qualité des consentements des personnes qui comparaissent devant lui. Ses arguments peuvent être résumés comme suit :

En sa qualité d'officier public, le notaire instrumentant doit personnellement vérifier la validité et la qualité des consentements des parties qui comparaissent devant lui. Au terme de la lecture de l'acte et du devoir de conseil qui lui incombe, le notaire doit personnellement s'assurer que l'acte qu'il instrumente est conforme aux volontés qui lui auront été communiquées. L'acte notarié qui aurait été reçu sans que ces formalités essentielles aient été accomplies perdra son caractère authentique^[184]. En d'autres termes, il ne s'agira pas d'un acte notarié. **Il est donc de l'essence de l'acte notarié que le notaire soit en mesure de communiquer directement avec chacune des parties.**¹⁸⁵

180. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 3.

181. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54. Voir également *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, préc., note 176, par. 20.

182. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, préc., note 176, par. 130.

183. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 3.

184. La Chambre fait référence ici à l'article 51 de la *Loi sur le notariat*, préc., note 38, qui prévoit ce qui suit : « L'acte notarié doit, avant signature, être lu à haute voix à chacune des parties par le notaire ou par un tiers commis par lui. Cette lecture n'est pas requise à l'égard des parties qui ont elles-mêmes lu l'acte ou lorsque les parties ont déclaré au notaire en avoir pris connaissance et en ont exempté ce dernier. Mention de ces déclarations et de cette exemption doit être faite dans l'acte, avant les signatures.

La mention "lecture faite" dans l'acte est une présomption simple que l'acte a été lu conformément aux dispositions de la présente loi. »

185. CHAMBRE DES NOTAIRES, préc., note 3, p. 18 [notes omises ; souligné dans l'original].

Dans son mémoire, la Chambre souligne que les devoirs du notaire revêtent une importance particulière lorsque l'acte qu'il instrumente est un testament¹⁸⁶. Par définition, le testament produit ses effets après la mort du testateur et ce dernier n'est donc plus en mesure, s'il y a lieu, de signaler l'absence de concordance entre ses volontés réelles et celles consignées dans le testament ou de démontrer que son consentement n'était pas éclairé. La Chambre fait aussi valoir que la nature complexe du droit rend difficile le recours à un interprète ; il y a un risque que ce dernier ne saisisse pas toutes les subtilités des explications données par le notaire ou que celles-ci soient en fin de compte mal comprises par son client¹⁸⁷. Somme toute, la Chambre se dit d'avis que l'intervention d'un interprète du langage des signes est incompatible avec les obligations professionnelles du notaire en tant qu'officier public.

L'on sait que le législateur québécois a rejeté les arguments de la Chambre des notaires en adoptant l'article 722.1 du Code civil. À notre avis, il a eu raison de le faire dans la mesure où l'intervention d'un interprète ne constitue pas une contrainte excessive, qu'il s'agisse d'un interprète du langage des signes ou d'un interprète dans une autre langue employée par le testateur¹⁸⁸.

L'appréciation de ce qui constitue une contrainte excessive est une question de contexte¹⁸⁹. S'agissant d'un fournisseur de services destinés au public, les tribunaux reconnaissent qu'une « ingérence majeure »¹⁹⁰ dans l'exploitation de son entreprise, un risque « excessif »¹⁹¹ pour la sécurité de la personne victime de dis-

186. *Ibid.*, p. 19.

187. *Ibid.*, p. 20.

188. La notaire Naïvi Chikoc Barreda note que les membres des communautés allophones du Québec « expriment de plus en plus souvent le besoin de recevoir des services juridiques dans leur langue d'origine » (voir « Analyse critique de l'intervention notariale dans les relations juridiques internationales issues de l'immigration au Québec », (2013) 115 R. du N. 425, 476). Les services d'un interprète sont un moyen de répondre à ce besoin.

189. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, préc., note 176, par. 123 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 181, par. 63 ; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 175, par. 17.

190. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, préc., note 176, par. 131. Voir aussi *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

191. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, préc., note 176, par. 43 ; *Commission des* (à suivre...)

crimination¹⁹², celle des autres bénéficiaires du service¹⁹³ ou la sienne¹⁹⁴ et, de façon plus générale, une atteinte induite aux droits de ses autres clients¹⁹⁵ peuvent constituer une contrainte excessive. Il y a aussi contrainte excessive lorsque les mesures d'accommodement recherchées dénaturent l'essence du contrat de service¹⁹⁶ « ou en altère[nt] profondément l'objet »¹⁹⁷. Le fournisseur d'un service destiné au public n'a pas « l'obligation de modifier de façon fondamentale »¹⁹⁸ les modalités du service offert, ni de « créer entièrement un service sur mesure pour un client ayant un handicap »¹⁹⁹. L'évaluation de ce qui constitue une contrainte excessive tient compte également des capacités et des qualifications particulières qui peuvent être exigées de la part du fournisseur de services. Par exemple, il peut être justifié pour un professionnel de la santé ou du droit de refuser « d'agir dans des conditions susceptibles de mettre en péril la validité de son jugement ou la qualité des gestes professionnels qu'il pose »²⁰⁰.

La question est donc de savoir si l'intervention d'un interprète du langage des signes est incompatible avec la nature même d'un testament notarié et des fonctions du notaire dans ce contexte. Une réponse affirmative à cette question pourrait mener à la conclusion qu'il y a contrainte excessive et que l'impossibilité pour une per-

(...suite)

droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard), 2015 QCCA 577.

192. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Repentigny (Ville)*, 2003 CanLII 68798 (QC T.D.P.) ; *Harnois c. Cité Joie inc.*, 2017 QCCQ 5953.

193. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Repentigny (Ville)*, préc., note 192.

194. *Commission des droits de la personne c. G. (G.)*, préc., note 171.

195. *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne du Québec)*, préc., note 161, p. 1557.

196. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dalir et autres) c. Québec (Ville de)*, préc., note 167, par. 247. Par analogie, voir *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 175, par. 15 : « L'obligation d'accommodement n'a cependant pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat de travail. »

197. *Commission des droits de la personne c. G. (G.)*, préc., note 171, p. 1622.

198. *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 175, par. 16 (par analogie).

199. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dalir et autres) c. Québec (Ville de)*, préc., note 167.

200. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, préc., note 171, par. 71.

sonne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire de faire un testament notarié est une discrimination justifiée. Nous sommes plutôt d'avis, cependant, que le recours aux services d'un interprète du langage des signes est une mesure d'accommodement raisonnable et compatible avec les fonctions du notaire qui reçoit un testament en tant qu'officier public.

Le notaire n'est pas le seul professionnel ayant l'obligation de vérifier la validité et la qualité du consentement de son client. C'est aussi le cas du médecin qui prodigue des soins²⁰¹. Le médecin a l'obligation professionnelle de « s'assurer que le patient ou son représentant légal a reçu les explications pertinentes à leur compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles » du traitement²⁰² et d'obtenir de lui « un consentement libre et éclairé »²⁰³. C'est pourquoi la Cour suprême du Canada juge que « [d]es communications efficaces sont [...] une partie intégrante de la prestation des services médicaux »²⁰⁴. De l'avis de la Cour suprême, le recours à un interprète du langage de signes n'est pas incompatible avec le devoir du médecin « de divulguer entièrement aux patients la nature des risques que comporte un traitement donné[,] de répondre à leurs questions à cet égard »²⁰⁵ et d'obtenir d'eux un consentement éclairé. Au contraire, le recours à un interprète est un moyen pour le médecin de s'acquitter adéquatement de ses obligations professionnelles et pour les « personnes atteintes de surdité de recevoir la même qualité de soins médicaux que les entendants »²⁰⁶.

De même que le médecin peut transmettre l'information requise et obtenir le consentement de son patient à une chirurgie par l'intermédiaire d'un interprète du langage des signes, le notaire peut s'acquitter de son obligation professionnelle de communiquer toute l'information utile à son client et d'obtenir de sa part un consentement éclairé en échangeant avec ce dernier par l'intermédiaire d'un interprète en langage gestuel. D'une part, il est reconnu par les linguistes que le langage des signes est suffisamment élaboré et précis pour communiquer des informations com-

201. Art. 11 C.c.Q. ; *Code de déontologie des médecins*, RLRQ, c. M-9, r. 17, art. 28-31 ; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 9.

202. *Code de déontologie des médecins*, préc., note 201, art. 29.

203. *Ibid.*, art. 28.

204. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 125, par. 69.

205. *Ibid.*, par. 70.

206. *Ibid.*, par. 70 et 71.

plexes²⁰⁷. D'autre part, une communication directe avec son client n'est pas la seule façon pour le notaire d'évaluer sa compréhension des informations transmises et de s'assurer de son consentement. Les réponses fournies par le client à ses questions, celles posées par celui-ci, le ton employé et le langage non verbal du client sont tous des éléments permettant au notaire de mesurer le niveau de compréhension de son client et d'apprécier la qualité de son consentement.

Dans son mémoire déposé en commission parlementaire, la Chambre des notaires compare la situation de la personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire à celle d'une personne qui parle une autre langue que ne maîtrise pas le notaire. Dans un cas comme dans l'autre, soutient la Chambre, le notaire est justifié de refuser l'intervention d'un interprète. Nous sommes de l'opinion contraire. Si ces deux situations peuvent en effet être comparées, c'est plutôt parce que chaque fois, la discrimination est prohibée et le recours aux services d'un interprète qualifié et impartial constitue un accommodement raisonnable.

Dans le passé, il est vrai que plusieurs auteurs de doctrine ont soutenu qu'il devrait être interdit à la personne parlant une langue étrangère de faire un testament notarié avec l'aide d'un interprète parce qu'il est alors impossible pour le notaire d'évaluer personnellement la compréhension du testateur et de s'assurer de son consentement libre et éclairé²⁰⁸. L'interposition d'une tierce personne entre le testateur et le notaire ne permettrait pas à ce dernier de remplir pleinement ses obligations professionnelles. D'autres auteurs admettent, cependant, la possibilité pour une personne qui parle une langue étrangère de tester devant un notaire. C'est le cas du professeur Léo Ducharme qui mentionne que pour satisfaire son obligation de lire l'acte, « le notaire doit, dans ce cas, faire procéder à une traduction de l'acte par une personne que la partie concernée

207. Harry MARKOWICZ, « La langue des signes : réalité et fiction », dans François GROSJEAN et Harlan LANE (dir.), *La langue des signes*, (1979) 56-13 *Langages* 7, 10.

208. Roger COMTOIS, « L'interprète est-il admissible dans les actes notariés ? », (1956) 59 *R. du N.* 99, 104 et 105 ; Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, par. 550 ; Jean MARTINEAU, « Le carnet d'un praticien », (1994) 97 *R. du N.* 100 ; Alain ROY, *Déontologie et procédure notariale*, coll. Répertoire de droit/Nouvelle série, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2002, par. 192.

accepte comme traducteur »²⁰⁹. Par analogie, la Cour d'appel du Québec a retenu une position semblable dans l'arrêt *Efraimidis c. Darlas*²¹⁰, où elle a jugé qu'un notaire s'acquitte convenablement de ses obligations professionnelles lorsqu'un acte notarié – en l'espèce, un acte de transfert de propriété – est lu à une personne par l'entremise d'un traducteur qu'elle a choisi.

En France, la *Loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* a introduit dans le Code civil des dispositions permettant la constitution d'un testament authentique tant par la personne qui ne peut « ni parler ou entendre, ni lire ou écrire » que par la personne non francophone. Dans un cas comme dans l'autre, le recours à un interprète est possible²¹¹. Celui-ci est choisi, par le testateur, parmi les experts qualifiés à agir comme interprètes devant les tribunaux. La solution retenue par le législateur québécois au bénéfice des personnes sourdes qui ne peuvent ni parler, ni lire, ni écrire est sensiblement la même. En vertu de l'article 722.1 C.c.Q., l'interprète doit être choisi parmi les interprètes qualifiés à exercer leurs fonctions devant les tribunaux et ne peut être conjoint, parent ou allié du testateur, ni en ligne directe ni en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement.

La possibilité, déjà établie, de recourir aux services d'un interprète du langage des signes dans le cadre de procédures judiciaires a certainement contribué à ce que le législateur québécois autorise l'intervention de ce même interprète au moment de la confection d'un testament devant notaire. Le droit constitutionnel à l'assistance d'un interprète est reconnu par l'article 14 de la Charte canadienne : « [l]a partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète »²¹². Selon la Cour suprême, ce droit appartient aux personnes accusées, en matière criminelle ou pénale, aux parties à des actions civiles ou à des procédures administratives, et aux témoins²¹³. Il se rattache au droit à l'égalité,

209. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., « Collection Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 227. Voir également Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 287.

210. [1989] R.D.J. 574 (C.A.), EYB 1989-58324, par. 8 (C.A.).

211. Art. 972 C.civ.

212. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 56.

213. *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951.

garanti par l'article 15 de la Charte canadienne, et concorde avec « l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens », affirmé à l'article 27.

Dans la mesure où le droit de recourir aux services d'un interprète est protégé par la Constitution et reconnu par les tribunaux en toutes circonstances, il serait pour le moins paradoxal de ne pas reconnaître à une personne atteinte de surdité qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire la possibilité de faire un testament notarié avec l'aide d'un interprète. Dans le contexte d'un procès criminel, les conséquences peuvent être lourdes pour un accusé ; au terme du procès, ce dernier sera même parfois privé de sa liberté physique. Pourtant, l'on admet que l'accusé puisse être valablement informé des faits qui lui sont reprochés et en répondre par l'intermédiaire d'un interprète. À plus forte raison, l'intervention d'un interprète devrait être possible lorsqu'il s'agit pour la personne de décider du sort de ses biens après son décès.

Dans son mémoire, la Chambre des notaires fait valoir que le rôle du notaire ne peut être comparé à celui du juge qui préside un procès puisque « [l]e rôle du juge est passif, tandis que celui du notaire est actif »²¹⁴. Plus précisément, « [l]e juge n'est appelé qu'à recueillir le témoignage de la personne qui comparaît ou qui témoigne devant lui ; il n'a pas à la conseiller et à s'assurer de la validité de son consentement »²¹⁵. L'intervention d'un interprète serait donc davantage compatible avec ses fonctions qu'avec celles du notaire. Avec respect, cette description du rôle du juge nous paraît bien réductrice. Une bonne communication entre le juge et les parties est essentielle à la réalisation de la mission des tribunaux « de trancher les litiges dont ils sont saisis », « d'assurer la saine gestion des instances » et « de favoriser la conciliation des parties »²¹⁶. En diverses circonstances, le rôle du juge peut bien difficilement être qualifié de « passif ». Le juge doit apprécier la fiabilité et la crédibilité des témoins et peut parfois les interroger lui-même²¹⁷. Comme le notaire, il est aussi parfois amené à évaluer la capacité de la personne devant lui²¹⁸ ou la validité de son consentement²¹⁹. En

214. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 21.

215. *Ibid.*, p. 21.

216. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 9.

217. *Ibid.*, art. 291.

218. Art. 2844 C.c.Q. ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 85.1.

219. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *ibid.*, art. 76.3.

matière de protection de la jeunesse, le juge « doit expliquer aux parties, tout particulièrement à l'enfant, la nature des mesures [de protection] envisagées et les motifs les justifiant » et il « doit s'efforcer d'obtenir l'adhésion de l'enfant et des autres parties à ces mesures »²²⁰. La *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit expressément qu'il peut, au besoin, requérir les services d'un interprète²²¹. Ces fonctions du juge sont certainement aussi délicates que celles du notaire qui reçoit un testament. Si l'intervention d'un interprète est admise dans le contexte judiciaire, et même parfois exigée par la Constitution, l'on peut difficilement y voir une contrainte excessive pour le notaire.

CONCLUSION

Au Québec, environ 5 000 personnes ayant une incapacité liée à l'audition utilisent une langue des signes pour communiquer²²². La majorité d'entre elles emploient la langue des signes québécoise. Selon les linguistes, celle-ci possède toutes les caractéristiques d'une véritable langue²²³. Le Canada et le Québec tardent à lui attribuer un statut officiel²²⁴, mais d'autres États tels que la Finlande, la Hongrie et le Portugal ont reconnu expressément une langue des signes dans leur Constitution.

Les personnes qui utilisent une langue des signes ont souvent recours aux services d'un interprète pour communiquer avec les personnes entendant. Les services d'un interprète professionnel peuvent être requis lorsque les circonstances exigent la maîtrise d'un vocabulaire spécialisé ou une garantie d'impartialité. Au Québec, il existe depuis 1990 un programme universitaire d'interprétation visuelle qui offre une formation aux futurs interprètes français/langue des signes québécoise (LSQ)²²⁵. Certains interprètes

220. *Ibid.*, art. 89.

221. *Ibid.*, art. 77.

222. Marie-Claire MAJOR, *La reconnaissance officielle des langues des signes : état de la situation dans le monde et ses implications*, Drummondville, Direction de l'évaluation, de la recherche et des communications, Office des personnes handicapées du Québec, 2014, en ligne : <https://www.ophq.gouv.qc.ca/fileadmin/centre_documentaire/Etudes_analyses_et_rapports/RAP_reconnaissance_langues_signes.pdf>.

223. INSTITUT RAYMOND-DEWAR, préc., note 142 ; Ronnie WILBUR, « Description linguistique de la langue des signes », dans François GROSJEAN et Harlan LANE (dir.), *La langue des signes*, (1979) 56-13 *Langages* 13.

224. M.-C. MAJOR, préc., note 222.

225. L'Université du Québec à Montréal offre ce programme de certificat.

tes gestuels sont membres de l'Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec et sont assujettis à un code de déontologie²²⁶. Plusieurs interprètes gestuels sont réunis au sein de l'Association québécoise des interprètes en langues des signes, qui s'est aussi dotée d'un code de déontologie²²⁷. Ceux qui souhaitent exercer leur profession dans un contexte judiciaire doivent obtenir une accréditation délivrée par le ministère de la Justice²²⁸.

L'article 847 C.c.B.C.²²⁹ niait expressément la possibilité de dicter à un notaire ses dernières volontés en utilisant le langage des signes. L'absence de cette disposition dans le *Code civil du Québec* a pu donner l'illusion qu'un vide juridique s'était créé et que l'intervention du législateur était nécessaire pour encadrer l'exercice de la liberté de tester par les personnes sourdes qui ne peuvent ni parler, ni lire, ni écrire. En réalité, cependant, l'insertion de l'article 722.1 dans le Code civil pourrait avoir entraîné plus de questions que de réponses. Bien avant l'entrée en vigueur de cette disposition, la combinaison des articles 6, 10 et 12 de la Charte québécoise protégeait le droit de la personne sourde d'obtenir les services d'un notaire sans discrimination fondée sur l'utilisation de la langue des signes et le recours à un interprète gestuel.

Le droit à l'égalité fait naître une obligation d'accommodement pour le notaire qui doit composer avec la présence d'un interprète du langage des signes jusqu'à la limite de la contrainte excessive. Compte tenu des caractéristiques des langues des signes, qui permettent une communication claire et nuancée sur des sujets même complexes, et de la disponibilité au Québec d'interprètes professionnels qualifiés, le recours à un interprète ne saurait, en soi, être considéré comme un obstacle à l'accomplissement des obligations professionnelles du notaire, ni une contrainte excessive au sens des Chartes des droits.

226. *Code de déontologie de l'Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec*, RLRQ, c. C-26, r. 270.

227. ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES TRADUCTEURS EN LANGUE DES SIGNES, *Code de déontologie des interprètes de l'AQILS*, en ligne : <http://www.aqils.ca/documents/code_deontologie_aqils.pdf>.

228. Voir à cet égard Christine VIENS, Georges L. BASTIN, Solange DUHAMEL et Roselyne MOREAU, « L'accréditation des interprètes judiciaires au Palais de justice de Montréal », (2002) 47-2 *Traduction et terminologie juridiques* 289.

229. Art. 847 C.c.B.C. : « Le testament sous forme authentique ne peut être dicté par signes ».

Dans la mesure où l'article 722.1 du Code civil fait double emploi avec les règles énoncées dans la Charte québécoise, l'on peut se demander s'il était judicieux de la part du législateur d'introduire dans le Code – et donc dans le droit commun – une disposition qui concerne un nombre peu élevé de personnes placées dans une situation bien particulière. Si le recours à un interprète du langage des signes est possible au moment de faire un testament notarié, l'est-il aussi pour les autres actes notariés ? Qu'en est-il, par ailleurs, des personnes entendant qui utilisent une langue parlée autre que celle du notaire ? Peuvent-elles faire un testament ou obtenir d'autres services d'un notaire en communiquant avec lui par l'intermédiaire d'un interprète ? Pourquoi le législateur ne traite-t-il pas spécifiquement de ces situations dans le Code ? Cette dernière question trouve sa réponse dans la notion même de Code civil. Ce n'est pas le rôle d'un Code civil de tout prévoir dans le détail.

Comme le disait si éloquemment Portalis, le législateur doit se préserver « de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir [...] L'office de la loi est de fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. »²³⁰ Même en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet, une interprétation harmonieuse²³¹ des règles générales du Code civil et de la Charte québécoise autorise le recours à un interprète chaque fois que la présence de celui-ci est nécessaire pour qu'une personne obtienne les services d'un notaire sans discrimination fondée sur son handicap, l'utilisation d'un moyen pour pallier son handicap, sa langue ou sa condition sociale.

230. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement », dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1827, p. 463, 468-470.

231. Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*.