

Les présomptions légales de survie

Roger Comtois *

Les règles formulées aux articles 603 et suivants du Code civil, à propos de la survie des comourants, ont une importance que des circonstances nouvelles, tels les accidents de la route et les désastres aériens, rendent encore plus actuelle. Une brève étude que nous avons récemment faite du problème¹ nous a donné l'idée de l'étudier plus longuement.

Il n'est pas sans intérêt de comparer, d'abord, les textes du Code civil de la province de Québec à ceux du Code civil français :

Code civil de la province de Québec

Art. 603. Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement sans que l'on puisse établir laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances, et, à leur défaut, d'après l'âge et le sexe conformément aux règles contenues aux articles suivants.

S'ils avaient les uns moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers sont présumés avoir survécu.

Si les uns étaient au-dessous de quinze ans ou au-dessus de soixante et les autres dans l'âge intermédiaire, la présomption de survie est en faveur de ces derniers.

Art. 604. Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé est présumé avoir survécu.

S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, c'est le moins âgé qui est présumé avoir survécu.

Code civil français

Art. 720. Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe.

Art. 721. Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu.

S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu.

Si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.

Art. 722. Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année.

* Professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal; notaire à Montréal.

¹ *Les comourants survivent!* 67 R. du N. 472.

Art. 605. Si ceux qui ont ainsi péri étaient tous dans l'âge intermédiaire entre quinze et soixante ans accomplis, l'on suit, s'ils étaient du même sexe, l'ordre de la nature, d'après lequel c'est ordinairement le plus jeune qui survit au plus âgé.

Mais s'ils étaient de sexe différent, le mâle est toujours présumé avoir survécu.

S'ils étaient du même sexe la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise: ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.

La confrontation de ces textes nous laisse voir deux différences. Tout d'abord, le texte français donne moins de prédominance au sexe masculin que le texte québécois. En droit français, le mâle est présumé avoir survécu seulement lorsqu'il y a égalité d'âge ou lorsque la différence qui existe entre l'âge de la femme et celui de l'homme n'excède pas une année. Par contre, d'après le deuxième alinéa de l'article 605 du Code civil de Québec, si les comourants décèdent alors qu'ils sont dans l'âge intermédiaire entre quinze et soixante ans accomplis et sont de sexe différent, le mâle est toujours présumé avoir survécu. A ce propos, nous croyons que la règle française est beaucoup plus juste et réaliste que la règle québécoise: suivant celle-ci, un homme âgé de cinquante-neuf ans qui meurt dans le même accident qu'une femme âgée de seize ans, sera présumé avoir survécu.

En second lieu, il faut remarquer que le Code français n'a pas, comme le Code du Québec, prévu l'éventualité du décès simultané de personnes dont les unes ont moins de quinze ans ou plus de soixante et les autres sont dans l'âge intermédiaire. A ce propos, l'article 604 du Code civil québécois décrète que la présomption de survie est en faveur des personnes d'âge intermédiaire. A défaut d'indication, dans le Code français, l'on peut soutenir que *a fortiori* les personnes d'âge intermédiaire ont survécu.² Mais l'on a aussi soutenu que, ces présomptions étant d'interprétation absolument restrictive, cette déduction n'est pas permise et que, à toutes fins pratiques, il devient impossible de dire qui a survécu quand un conflit a lieu à propos du moment du décès de personnes ayant moins de quinze ans ou plus de soixante ans, d'une part, et, d'autre part, de personnes qui se trouvent dans l'âge intermédiaire.³

² Req. 6 novembre 1895, D. 96.1.285.

³ Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., Paris, Sirey, 1940, t. III, No 728; C. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e éd. par Leretours-Pigeonnière, t. V; *Les successions ab intestat*, par Robert Le Balle, No 22; Trib. civil de Die, 27 mars 1933, Gaz. Pol. 1933. 2. 39.

A part ces deux différences, on peut dire que, substantiellement, les présomptions du Code français et celles du Code de la province de Québec reposent sur les mêmes bases et doivent s'interpréter à la lumière des mêmes principes et des mêmes sources.

L'analyse de ces dispositions fait ressortir les conditions de leur application :

1) elles n'ont qu'un caractère subsidiaire et ne pourront être invoquées que si l'on ne peut établir par d'autres moyens laquelle des personnes impliquées est décédée la première;

2) il faut que les décès simultanés aient eu lieu dans le même événement;

3) les comourants doivent avoir été appelés à la succession l'un de l'autre;

4) ces présomptions ne s'appliquent pas dans les successions testamentaires. Cette dernière condition n'est pas aussi clairement énoncée, mais nous croyons qu'elle s'impose néanmoins.

La première condition est formulée d'une façon claire et précise dans le texte même. La présomption de survie est, dit-on, déterminée par les circonstances. Et elle présuppose que des personnes ont péri sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première. Tous les moyens de preuve admis par le droit commun doivent d'abord être épuisés.⁴ C'est ainsi que la preuve testimoniale, notamment, pourra servir. L'expertise médicale peut aujourd'hui établir avec une certaine précision l'heure à laquelle remonte un décès. Une telle expertise, si elle est suffisamment concluante au point de vue scientifique devrait être admise et alors il n'y aurait pas lieu d'évoquer les présomptions légales.

L'on a soutenu que la nature et les circonstances de certains événements ou accidents sont telles qu'elles provoquent la simultanéité des décès et excluent nécessairement la présomption légale de survie.⁵ L'on donne comme exemple l'écrasement d'un avion en plein vol contre un massif ou une montagne, à propos duquel des autorités médicales ont émis la théorie que la décélération de l'avion a été tellement subite qu'elle a provoqué instantanément chez tous ses occupants l'éclatement du crâne entraînant leur mort immédiate. Malgré la valeur scientifique de cette hypothèse, nous estimons qu'il ne peut pas y avoir dans cette simultanéité une telle perfection que l'on doive exclure l'utilisation des présomptions de survie. Bien au

⁴ G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e éd., t. VIII; *Des Successions*, I, No 118.

⁵ Eugène Rivard, *Les Droits sur les successions dans la Province de Québec*, Québec 1956, No 764.

contraire, il nous semble que c'est précisément le cas que le législateur a voulu couvrir par ces fictions juridiques dès qu'il y a même une fraction de seconde entre le décès, attendu que l'on tente de plus en plus à ne faire appel aux présomptions que dans les cas où il y a une vraie simultanéité et que l'on exclut l'usage des présomptions juridiques dans de très nombreux cas où, comme dans l'assassinat et les bombardements, comme nous le dirons plus bas, il n'y a pas de véritable décès simultané.

Si la preuve directe par témoignage ou expertise est impossible, on doit faire appel aux présomptions de l'homme, aux circonstances de fait grâce auxquelles, au moyen d'une déduction logique, on peut conclure au prédécès ou à la survie des victimes. Ces présomptions doivent, conformément au droit commun, être graves, précises et concordantes. La jurisprudence française est particulièrement significative à ce propos. On y voit une tendance assez nette donnant priorité aux présomptions de l'homme, et, par le fait même une utilisation de plus en plus restrictive des présomptions légales.

Cette tendance est apparue dans l'ancien droit et on en retrouve des traces chez les commentateurs cités par les codificateurs. Pothier signale que l'on doit avoir recours aux circonstances pour estimer laquelle des deux successions doit être censée avoir été ouverte la première :

« Celui qui était dans l'avant-garde ou dans l'appartement le plus voisin du lieu où le feu a pris, est présumé mort le premier. — Dans l'espèce de l'arrêt de Bobé, sa femme et deux petits enfants, l'un de 22 mois, l'autre de 8 ans (la fille et les deux petits enfants de Dumoulin) ayant été massacrés par les voleurs, on présume que ces enfants avaient survécu à leur mère, parce qu'il était de l'intérêt des voleurs de se défaire de la mère avant les enfants, qui n'étaient pas en âge de leur résister; *coeteris paribus.* »⁶

Maleville dit que les mots « . . . par les circonstances du fait et à leur défaut . . . » ne se trouvaient pas dans la première rédaction, qu'ils furent ajoutés à l'article sur l'observation que l'on fit que les circonstances de l'événement pourraient détruire la présomption de survie résultant de l'âge ou du sexe: celui, par exemple, qui dans le naufrage d'un vaisseau, aurait été vu le dernier, serait aussi présumé avoir survécu, quoiqu'il fût de l'âge et du sexe le plus faible.⁷ Et Marcadé donne comme autre présomption résultant des circonstances du fait le cas d'un incendie qui a commencé par le bas de la maison: on décidera, dit-il, que la personne que l'on trouve morte dans son lit, à l'une des chambres d'un étage supérieur, n'est morte qu'après celle dont on trouve le cadavre au rez-de-chaussée.⁸ D'au-

⁶ *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XVII, No 38.

⁷ Sur art. 720 C.N., cité par de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, t. V, p. 218.

⁸ Marcadé, Tome III, sur art. 722 C.N., de Lorimier, *op. cit.*, p. 223.

tres hypothèses analogues ont été formulées par les auteurs: dans un naufrage, celui qui sait nager est présumé avoir survécu; dans une bataille, les soldats placés à l'avant-garde décéderont avant ceux de l'arrière-garde.⁹

Ces hypothèses ne sont pas purement théoriques. Elles se sont vérifiées dans les faits. La jurisprudence française rapporte plusieurs arrêts où, précisément, les présomptions de survie ont été éliminées parce que l'on a estimé que les présomptions de fait étaient suffisantes pour établir le moment du décès. Dans une affaire du 21 avril 1874 l'on a statué que les présomptions de fait doivent l'emporter sur les présomptions légales des articles 720 et suivants. Il s'agissait du décès d'un groupe de cinq personnes tuées par une vague. L'arrêt, se basant sur un témoignage, rapporte que :

« Toutes ces personnes regardaient la mer, qui, à ce moment, atteignait son plein, et dont l'aspect ne paraissait avoir rien d'inquiétant, quand soudain se produisit un phénomène assez fréquent dans ces parages: une vague énorme bondit des profondeurs du gouffre, s'élança presque perpendiculairement à la pointe du rocher de Talan-Iverne et retomba de toute sa masse sur le premier groupe, qu'elle précipita instantanément dans l'abîme, où il disparut; ... puis, cette lame, suivant sa loi de projection sur la roche, se répandit sur le second groupe, qu'elle enveloppa sans le couvrir entièrement, et le balaya pour ainsi parler, dans l'abîme; ... »¹⁰

Dans le deuxième groupe il y avait une fille âgée de moins de quinze ans alors que sa mère, d'âge intermédiaire, se trouvait dans le premier groupe. L'on a décidé que la fille avait néanmoins survécu à la mère.

Un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1928¹¹ ayant à statuer sur la survie d'une mère et de ses enfants ayant péri au cours d'un naufrage, a réaffirmé le caractère subsidiaire des présomptions légales. La preuve ayant été faite que les naufragés, comprenant la mère d'âge intermédiaire et ses enfants âgés de moins de 15 ans, avaient été, au cours d'un naufrage, placés dans une barque de sauvetage et aucune des victimes n'ayant été retrouvée, l'on a tenu compte du fait que la mère ne savait pas nager et qu'elle pouvait difficilement se nourrir de biscuits de mer alors que les enfants plus robustes savaient nager et pouvaient s'alimenter pendant un certain temps. Ces présomptions de fait ont suffi à convaincre le tribunal que, malgré son âge, la mère avait dû périr la première. Et l'on a justement souligné dans l'arrêt que: « Parmi les circonstances de fait à envisager en première ligne, les juges sont admis

⁹ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 118.

¹⁰ D.P. 74. 1. 356.

¹¹ S. 1928. 1. 297.

à comprendre celles qui tiennent à des particularités personnelles aux individus à la seule condition qu'elles soient indépendantes de l'âge et du sexe des comourants.» Dans une note sous cet arrêt, Vialleton rappelle qu'il y a lieu «... de tenir compte de tous événements, de toutes particularités susceptibles d'entraîner la conviction, même alors qu'il n'en résulte qu'une preuve médiante, non directe, exigeant l'intermédiaire d'une opération de l'esprit.»¹² Et l'annotateur fait une comparaison très imagée: «Le construction forgée par la loi est en somme un *deus ex machina*, et, dans la vie juridique comme au théâtre, le *deus ex machina* n'est tolérable que s'il est la clef d'une solution insoluble.»¹³

C'est encore aux présomptions de l'homme que les tribunaux judiciaires ont d'abord fait appel quand il s'est agi de déterminer la survie des victimes décédées à la suite d'un bombardement. La Cour d'appel de Rouen, dans une décision du 8 février 1949,¹⁴ a fait prévaloir les présomptions de fait sur les présomptions légales. Une mère âgée de trente-quatre ans et sa fille âgée de neuf ans avaient été tuées dans un bombardement. L'on a jugé que la mère était présumée morte la première parce qu'elle présentait plusieurs blessures alors que l'enfant semblait avoir pu survivre quelques heures.

Alors que la jurisprudence française est assez riche sur le sujet, puisqu'elle fait état d'une vingtaine de décisions, la jurisprudence québécoise ne rapporte, à notre connaissance, qu'une décision où l'on a eu à interpréter les articles 604 et suivants du Code civil québécois. C'est l'arrêt *Busby v. Ford*.¹⁵ La Cour de Revision a analysé les circonstances et les faits de l'espèce pour conclure qu'ils étaient suffisants pour créer une présomption que l'épouse avait été tuée par le mari et l'avait précédé. Nous croyons donc qu'il y a là une nouvelle preuve du caractère subsidiaire des présomptions de survie. Et nous estimons que la Cour aurait pu fort bien se dispenser d'exclure l'application des présomptions sous le motif qu'il s'agissait d'une succession testamentaire ou contractuelle. Les circonstances de fait étaient déjà suffisamment probantes pour établir le précédé de l'épouse.

L'interprétation restrictive des présomptions légales de survie se manifeste de nouveau dans l'appréciation de la deuxième condition que nous avons indiquée, à savoir que : les décès simultanés doivent avoir eu lieu « dans le même événement » comme le disent les deux codes. Il faut d'abord se demander qu'est-ce qu'un même événement.

¹² *Id.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ D. 1949, 189.

¹⁵ (1893) 3 C.S. 270.

Il faut reconnaître avec Beudant¹⁶ que la notion du *même événement* est très vague. Ici également, il y a des extrêmes. Suivant certains critères, jamais les décès ne pourraient être simultanés. Selon d'autres critères, il y aurait décès simultanés dès que la mort de différentes personnes qui se trouvent dans le même endroit se produit à la même époque. Comme le signale Savetier,¹⁷ si l'on exigeait l'identité d'événements, on supprimerait toute possibilité d'application de la théorie. Il est évident que la vie de chacune des victimes a cessé séparément. L'unité de l'événement causal, dit le même auteur, se rapporte seulement au fait initial qui les a ensemble entraînés. Une note de Rodière propose la définition suivante: « Deux personnes ont péri ensemble dans un même événement, au sens des articles 720 à 722 du Code civil, lorsqu'elles ont succombé à la même cause de mort les atteignant en un même lieu et au même moment. »¹⁸ Il faudra confronter cette définition avec les conclusions auxquelles conduisent les nombreux arrêts rendus à propos d'assassinat et de déportation, pour voir si les trois facteurs proposés par Rodière se retrouvent: a) même cause de mort; b) même lieu; c) même moment.

Procédant par élimination, considérons d'abord différentes situations où la doctrine a été unanime à exclure la possibilité de décès simultanés. Comme le phénomène doit être *unique et instantané*, le cas d'empoisonnement de plusieurs personnes n'est pas cause de décès simultanés au sens de ces articles.¹⁹ Il est aussi admis que la mort naturelle exclut l'application des présomptions, parce que les personnes n'ont pas eu à lutter contre un assaut commun.²⁰ La différence de force entre les individus devient alors complètement insignifiante.

Les tribunaux français ont eu à apprécier cette notion de même événement à propos, notamment, d'assassinats de plusieurs individus au même endroit, au même moment. L'ancienne jurisprudence se refusait nettement à voir dans tels cas des décès simultanés. Plus récemment un revirement s'est opéré dans la jurisprudence et il devient extrêmement difficile de se prononcer de façon catégorique sur ces cas. Un arrêt de la Cour de Paris du 11 juin 1891²¹ avait statué à propos de l'assassinat d'une dame, de sa domestique et de

¹⁶ *Op. cit.*, No 22.

¹⁷ *Rev. trim. dr. civ.*, (1951) 49, p. 401.

¹⁸ *Sous Civ.* 7 octobre 1953, J.C.P. 1953. II. 7860.

¹⁹ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 127; Paris, 11 août 1891, S. 92.2.213, D. 92.2.553.

²⁰ Marcadé, *op. cit.*, No 31.

²¹ D. 92.2.533.

la petite fille de la domestique, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici les présomptions de survie et que ces assassinats ne pouvaient pas constituer un même événement. Plus récemment, le tribunal de Lunéville, dans un arrêt du 23 décembre 1948,²² réaffirmait le même principe et refusait d'appliquer les présomptions. L'on avait trouvé, assassinées, une mère et ses deux filles. Le tribunal concluait à la possibilité d'établir les conditions nécessaires à l'application des règles de l'article 722, à savoir: l'existence d'un même événement, d'un seul et même assassinat. La Cour de cassation dans un arrêt du 24 janvier 1951²³ a maintenu la décision des juges du fond, la considérant comme exempte d'erreur de droit, à propos de l'assassinat d'une mère et de sa fille, victimes d'un même attentat. Appelés à déterminer l'ordre des décès, les juges avaient écarté les présomptions légales et avaient fait découler des circonstances de fait, notamment la situation des lieux, la position des corps, que c'est la mère qui ayant été frappée la dernière, était morte la dernière.

Deux arrêts français ont cependant donné une autre interprétation et ont considéré que des assassinats pouvaient, à certaines conditions, être cause de décès simultanés. Un arrêt de la Cour de Lyon du 19 janvier 1893²⁴ s'est en effet écarté de la jurisprudence antérieure suivant laquelle chaque assassinat devrait être considéré comme un événement distinct. La Cour statue que les présomptions ne s'appliquent pas aux décès de deux personnes, occasionnés par des faits distincts et successifs, séparés par des intervalles de temps et de lieux qui ne permettent pas de les rattacher à la même cause; mais que les présomptions doivent s'appliquer lorsque les personnes victimes d'un même assassinat, ont succombé à la même attaque, dans le même temps, dans le même lieu et par suite de blessures identiques. Le décès, lit-on dans l'arrêt, doit être considéré comme ayant été alors la suite d'un même événement. Les circonstances ici rapportées paraissent conformes aux conditions posées par Rodière dans la définition citée plus haut. Deux ans plus tard, la Chambre des requêtes maintenait cette jurisprudence en considérant que deux personnes assassinées avaient effectivement péri dans le même accident.²⁵

C'est le même problème qui s'est posé à propos de la déportation des membres d'une même famille au cours de la dernière guerre. S'agissait-il là d'un événement? La Cour d'appel confirmant le jugement de première instance a statué que les présomptions de survie

²² S. 1942.II.187.

²³ D. 1951, 345; J.C.P. 1951.II.6461.

²⁴ D. 94.2.98.

²⁵ Req. 6 novembre 1895, D. 96.1.285.

ne pouvaient pas servir ici pour déterminer l'ordre des décès des membres d'une famille déportée en Allemagne, car ces personnes n'avaient pas été victimes d'un même événement.²⁶ C'est en commentant cet arrêt que Rodière a proposé la définition que nous avons citée précédemment. C'est à bon droit, d'après nous, que l'on a jugé que le décès des personnes déportées n'avait pas été causé par un même événement. La mort de ceux qui sont disparus ensemble n'a pas nécessairement eu la même cause directe. Comme on l'a écrit, même si l'arrestation a eu lieu au même moment, il est fort possible que l'une des victimes soit décédée au cours du voyage, dans l'un des wagons, ou qu'une autre ait été abattue pour n'avoir pas exécuté un ordre, etc.²⁷ Il est difficile de s'expliquer que l'on ait pu conclure à l'application des présomptions au cas de déportation. Cette décision ne se justifie pas, mais elle s'explique par le fait que, d'une part, un jugement avait constaté le décès comme survenu à compter du départ du camp, et que, d'autre part, l'on avait invoqué des ordonnances permettant la preuve du décès à compter de la même date, au cas de déportation de personnes.²⁸

La troisième condition d'application des présomptions est très clairement formulée dans les textes mêmes. En effet, l'article 603 C.C. — comme d'ailleurs l'article 720 C.N. — précise: « Si plusieurs personnes *respectivement* appelées à la succession l'une de l'autre, . . . » On ne saurait établir de façon plus nette la condition de réciprocité de la vocation héréditaire chez les comourants. Les auteurs et la jurisprudence sont quasi-unanimes à considérer ce caractère comme essentiel aux présomptions de survie.²⁹ Nous avons dit quasi-unanimes. En effet, Duranton croit que les présomptions doivent s'appliquer même pour des comourants dont l'un seulement est appelé à la succession de l'autre, sans réciprocité.³⁰ Marcadé a réfuté l'opinion de Duranton.³¹

Le problème de la réciprocité successorale a lieu surtout à l'égard des frères et des cousins, réciproquement successibles, pour le cas où ils n'ont pas d'enfants. Supposons le cas de deux frères, dont

²⁶ Colmar, 12 janvier 1953, J.C.P. 1953.II.7510, confirmant Strasbourg, 20 juin 1948, Gaz. Pal. 1948.2.217.

²⁷ P. Weiller et C. Weiller-Bauman, *Les disparus et leurs successions*, Gaz. Pal. 1947, Doctr. 11.

²⁸ Cass. Civ., 7 octobre 1953, J.C.P. 1953.II.7820.

²⁹ Marcadé, *op. cit.*, dans de Lorimier, p. 233; Demolombe, 4e éd., 13, Succ. I, No 112; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 6e éd., 1936, *Successions*, p. 309; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 124; Josserand, *op. cit.*, No 728; Planiol et Ripert, *op. cit.*, No 32; Paris, 11 juin 1891, D. 92.2.533.

³⁰ *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4e éd., VI, No 45.

³¹ *Op. cit.*, Nos 33 et ss.

l'un seulement a des enfants. Les deux frères décèdent *ab intestat*. S'ils sont tous deux dans l'âge intermédiaire et que celui qui a des enfants est le plus jeune, la succession de l'aîné passera aux enfants, si l'on applique les présomptions. Si on s'en tenait au droit commun, le plus jeune frère ne serait pas présumé avoir recueilli la succession de l'aîné et la succession de ce dernier ne serait dévolue qu'à ses héritiers, à l'exclusion de son frère cadet. L'on a objecté qu'il ne faudrait pas tenir compte du mot *respectivement*, sous le motif que la loi n'a pu avoir de raison pour rejeter, dans le cas de non-réciprocité, la présomption qu'elle créait pour le cas contraire.³² A quoi Marcadé répond :

« La réponse est facile; car alors même que le législateur n'aurait plus aucune raison pour restreindre la présomption au cas par lui prévu, nous n'aurions pas encore le droit de l'étendre, attendu que nous n'avons pas à juger et à modifier la loi, mais seulement à l'interpréter. Mais il y avait une autre raison de cette différence; et cette raison, c'est que la présomption aurait été beaucoup moins utile, aurait produit beaucoup moins d'effet, dans le cas de vocation non réciproque. »³³

Marcadé explique ensuite que, au cas de réciprocité, l'application des présomptions légales a pour effet de simplifier les calculs en réunissant toutes les successions en une seule; mais que cette simplification n'a plus lieu quand les personnes décédées simultanément ne sont pas appelées à se succéder réciproquement. Alors, la présomption n'apporte aucun changement ou qu'un changement peu sensible. Duranton veut aussi que la présomption puisse s'appliquer, même en l'absence de réciprocité, car il croit que c'est là le seul moyen, dans un exemple comme celui que nous proposons plus haut, de faire hériter l'enfant comme fils du frère cadet et comme neveu de l'autre. Marcadé réfute également cette objection. L'enfant, dans le cas plus haut mentionné, peut très bien prendre les biens de son oncle sans prétendre qu'ils sont tombés dans la succession de son père et, également, sans venir par représentation de ce père. Il prend les biens directement et de son chef comme étant le plus proche parent successible dont l'existence est certaine au moment de la mort de l'oncle. Le fils dira, d'après Marcadé :

« Il n'est pas reconnu que mon père, héritier présomptif de mon oncle, existât encore quand la succession de celui-ci s'est ouverte; donc cette succession est dévolue à celui qui devait la recueillir à défaut de mon père, c'est-à-dire à l'héritier le plus proche après mon père; or, cet héritier le plus proche, c'est moi... »³⁴

Les auteurs précisent également que le fait pour l'un des comourents de laisser un successeur de son choix en l'instituant légataire,

³² Marcadé, *id.*

³³ Marcadé, *ibid.*

³⁴ Marcadé, *op. cit.*, No 34

fait cesser la réciprocité. Cela est juste, puisque le testament exclut la vocation héréditaire légale, et que, de toute façon, comme nous l'indiquerons plus loin, la théorie des comourants ne s'applique pas dans les successions testamentaires.

Cette quatrième condition d'application des présomptions de survie est sans doute celle qui demande le plus de développement. Les auteurs l'ont étudiée longuement, surtout en France, et la jurisprudence française fait état de plusieurs décisions où l'on a conclu à l'inapplicabilité des présomptions de survie en matière testamentaire. Au Québec, l'unique décision rapportée affirme que les présomptions doivent être exclues lorsqu'il y a un testament. Par ailleurs, certains motifs invoqués dans la doctrine française sont peut-être sujets à caution quand il s'agit de les transporter en droit canadien où les articles du Code civil ne sont formulés comme ceux du Code Napoléon et où le droit successoral est différent du droit français, puisque ici l'on ne connaît pas la réserve.

Les motifs invoqués pour exclure les présomptions de survie lorsqu'il y a un testament sont nombreux. Les auteurs de l'ancien droit, cités par les codificateurs québécois, soulignent déjà le caractère exceptionnel et restrictif des présomptions de survie. Ils soutiennent aussi que les raisons qui motivent les présomptions dans les successions légales ne se retrouvent pas en matière testamentaire.

Celui qui réclame un droit doit en faire la preuve. « Ainsi, écrit Marcadé, quand une personne vient réclamer comme siens des droits qu'elle dit s'être ouverts au profit d'un individu qui les lui a transmis ensuite par sa mort, c'est à elle de prouver que cet individu, aujourd'hui mort, a véritablement recueilli les droits en question: par exemple, s'il s'agit d'une succession, c'est à elle de prouver que l'individu par la mort duquel elle prétend avoir recueilli le droit, vivait encore quand cette succession s'est ouverte; c'est-à-dire de prouver qu'il a survécu à l'autre défunt, à celui dont la succession est réclamée. C'est là ce que veut la raison, et c'est là ce que disent l'art. 135 pour tout droit quelconque, et l'art. 136 pour les successions en particulier.»³⁵ L'article 136 du Code français énonçant que: « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'aurait recueillie à son défaut », diffère quelque peu de l'article 105 du Code civil de la province de Québec, puisque cette dernière disposition réfère expressément à l'absent alors que l'article corres-

³⁵ Marcadé, *op. cit.*, No 27.

pondant du Code français parle d'un *individu* dont l'existence n'est pas reconnue. Cette légère distinction a peu de conséquence si l'on invoque plutôt l'article 608 du Code civil québécois correspondant à l'article 725 du Code français, où il est dit en toutes lettres que pour succéder il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession. Il n'en faut pas davantage pour réaffirmer que, étant donné le caractère restrictif des présomptions, les représentants des comourants ne peuvent se baser sur ces mesures extraordinaires quand le texte laisse planer un doute sérieux sur leurs droits.

La majorité des auteurs français — et la jurisprudence française les a appuyés là-dessus — estiment que le mot « succession » employé dans les articles 720 et ss. C.N. ne réfère qu'à la succession légale à cause de la place qu'occupe ces articles dans le titre des successions.³⁶ Aubry et Rau écrivent :

«... en fait de successions *ab intestat* le législateur a voulu résoudre par des présomptions légales la question de survie pour maintenir d'une manière complète l'ordre de succession établi par la loi et empêcher que cet ordre ne soit interverti comme cela aurait lieu si, en faisant abstraction du droit réciproque des personnes qui ont péri dans le même événement, on déférait l'hérédité de chacune d'elles à des parents plus éloignés.»³⁷

Et ces auteurs ajoutent que ce motif ne se présente plus lorsqu'il s'agit de successions testamentaires : l'impossibilité où ils se trouvent de prouver la survie d'un auteur n'a d'autre conséquence que de rendre irrecevable leur demande de délivrance de legs et cela n'entraîne aucune interversion dans l'ordre légal des successions. Au surplus, il faut bien reconnaître que dans les libéralités entre vifs ou testamentaires le disposant entend avantager personnellement son donataire.³⁸ L'application des présomptions aurait sûrement pour effet de dénaturer alors les intentions explicites du *de cuius* : n'est-ce pas ce qui se produirait dans le cas de deux conjoints qui décèdent sans laisser d'enfant et après s'être réciproquement institués héritiers, alors que les biens venant d'une famille seraient dévolus pour le tout à la famille de l'autre conjoint ? Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 janvier 1949 exprime le même avis : « Que les présomptions qui n'ont pas été créées pour des personnes qui se sont instituées légataires attribueraient les biens aveuglément, contrairement à la volonté du défunt, dont les libéralités arriveraient ainsi à ceux qu'il n'entendait pas gratifier, au préjudice de

³⁶ Marcadé, *op. cit.*, No 35; Demolombe, *op. cit.*, No 117; Aubry et Rau, *op. cit.*, §53, pp. 305 et ss.; Jossierand, *op. cit.* No 728; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e éd., t. III, p. 372; Savetier, *Cours de droit civil*, 2e éd., t. III, 386; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, No 676.

³⁷ *Op. cit.*, note 12.

³⁸ Demolombe, *op. cit.*, No 117.

ceux que la loi, quand elle distingue pour lui, place dans l'ordre de ses affections. »³⁹

Le même arrêt énonce qu'il résulte des discussions du Conseil d'Etat que le titre relatif à l'ouverture des successions — titre où se trouvent les présomptions de survie — n'a trait qu'aux successions réglées par la loi.⁴⁰ Dans la discussion au Conseil d'Etat, le Premier Consul disait que « cet article prouve que les dispositions de ce titre ne s'appliquent qu'aux successions *ab intestat* ». ⁴¹

Toullier prétend au contraire que les présomptions de survie doivent s'appliquer autant aux successions testamentaires qu'aux successions légales.⁴² Les arguments qu'il invoque seraient, comme nous l'indiquerons plus loin, encore plus valables en droit québécois qu'en droit français. Toullier estime qu'il y a deux espèces de successions, la succession légitime et la succession testamentaire; que les mêmes effets doivent s'appliquer aux deux cas; que les règles concernant les présomptions de survie ne sont pas les seules qui se trouvent au titre des successions et qui doivent néanmoins être reportées au titre des successions testamentaires; que certains effets des successions, tel le bénéfice d'inventaire, le paiement des dettes et les effets du partage sont communs aux deux espèces de successions; qu'enfin il y a identité des situations et que dans les deux cas doivent prévaloir le « désir de la justice et l'amour de la vérité ». A cette objection, Marcadé et Demolombe répondent que le droit français ne connaît pas d'héritiers testamentaires, que, des dispositions du titre des successions qui doivent être étendues aux libéralités testamentaires ou entre vifs, seules s'appliquent celles qui se rapportent à certains effets du droit déjà ouvert ou acquis, mais non pas celles qui concernent le droit à acquérir, ni la manière dont le droit s'ouvre et s'acquiert, par exemple, pour la représentation.⁴³ Sans doute, dit-on, il existe ici des règles qui s'appliquent à d'autres matières; mais ce sont seulement celles qui ne concernent pas l'existence du titre d'héritier. Telles sont les règles du partage. Mais quand une règle suppose le titre d'héritier, elle ne s'applique qu'aux successions *ab intestat*.⁴⁴ Quant à l'identité des motifs, c'est là une considération réfutable par la simple observation que ces articles 720 et suivants contiennent des dispositions exceptionnelles: c'est une raison pour attacher à leur place même une importance plus

³⁹ D. 1950.2.180.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² T. IV, No 78.

⁴³ Demolombe, *op. cit.*, No 117.

⁴⁴ Marcadé, *op. cit.*, No. 36.

grande que s'il s'agissait de solutions législatives moins contraaires au droit commun.⁴⁵

Quand les présomptions doivent s'appliquer, il n'y a pas à distinguer si les comourants sont des héritiers légitimes ou naturels, s'ils ont des droits égaux ou inégaux.⁴⁶ Par ailleurs, si les présomptions ne doivent pas s'appliquer au cas de succession testamentaire, il est logique d'en exclure aussi l'application au cas d'institution contractuelle ou lorsque l'on réclame l'objet d'un préciput ou l'exercice d'un droit de retour.⁴⁷ Pour les mêmes motifs, le tribunal de la Seine interprétant les présomptions restrictivement, a statué qu'on ne peut les invoquer pour déterminer si le bénéficiaire d'une police d'assurance a survécu à l'assuré.⁴⁸

Mais les présomptions doivent recevoir application quand les successeurs font en même temps valoir leurs droits dans la succession *ab intestat* et dans la succession testamentaire, c'est-à-dire quand ils sont intéressés à la fois comme héritiers légaux et comme légataires.⁴⁹ N'est-ce pas ce qui faisait dire à Savetier que l'héritier ne doit pas perdre le bénéfice des présomptions par cela seul qu'il est aussi légataire, mais qu'alors il n'en profite que pour ses droits *ab intestat*?⁵⁰

La jurisprudence française est, à notre connaissance, unanime pour exclure les présomptions au cas de succession testamentaire. Dans toutes les décisions que nous avons consultées, jamais l'on a fait appel aux présomptions quand il y avait soit un testament, soit une donation, soit une institution contractuelle.⁵¹ Il faut cependant noter que dans plusieurs espèces, il y avait d'autres motifs pour rejeter les présomptions, soit, par exemple, le fait que les décès n'avaient pas été causés dans le même événement ou que des circonstances ou présomptions de fait étaient déjà suffisantes pour donner au juge une connaissance suffisante du moment du décès des comourants. Dans la jurisprudence québécoise, le seul arrêt rap-

⁴⁵ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 124.

⁴⁶ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 123.

⁴⁷ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 124; Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁸ 3 février 1937, S. 1937.2.103.

⁴⁹ Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, No 125.

⁵⁰ *Rev. Trim. dr. civ.* (1951) 49, p. 401, à notre avis, Monsieur Rivard, *op. cit.*, No 765, interprète mal les paroles de Savetier lorsqu'il en infère que les présomptions ont lieu dans la succession testamentaire. Les présomptions demeurent valables dans les successions partie légales et partie testamentaires, un peu comme pour le rapport.

⁵¹ Paris, 30 novembre 1850, D. 51.2.108; Paris, 2 février 1899, S. 1900.2.39; Trib. civil de Die, 27 mars 1933, Gaz. Pal. 1933.2.39; Bordeaux, 29 janvier 1949, D. 50.2.180; Cass. civ., 7 octobre 1953, J.C.P. 1953, II, 7860.

porté⁵² établit clairement que les présomptions de survie ne doivent pas s'appliquer dans les successions où il y a un testament; il est vrai que les circonstances de fait étaient ici suffisantes pour établir que la femme n'avait pas pu survivre à son mari.

Avec cette abondance de doctrine et de jurisprudence, on peut soutenir que, en droit français, la question est pratiquement classée. Peut-on soutenir la même opinion avec une égale conviction en droit québécois? Les arguments qui valaient en droit français sont-ils aussi forts en droit québécois? La jurisprudence dans l'arrêt *Busby v. Ford* que nous venons de citer exclut formellement les présomptions lorsqu'il y a une succession testamentaire. Mignault affirme qu'il est universellement reconnu que les présomptions ne s'appliquent qu'aux successions *ab intestat*.⁵³ Faribault soutient aussi qu'il est généralement admis que la théorie des comourants ne peut être appliquée que dans le cas d'une succession *ab intestat*.⁵⁴ Il fait cependant certaines nuances que nous aurons l'occasion de critiquer. Turgeon⁵⁵ est du même avis; mais il apporte certaines réserves à propos du conjoint survivant et du décès simultané de personnes qui étaient déjà des héritiers présomptifs, réserves que nous ne croyons pas justifiées, pour les motifs que nous décrirons plus loin. Par ailleurs, Langelier⁵⁶ et Rowat⁵⁷ estiment que les présomptions doivent s'appliquer tout aussi bien quand il y a un testament ou une institution contractuelle. Ils appuient leur opinion sur le fait que le droit canadien, au contraire du droit français, connaît deux espèces de successions: la succession légale et la succession testamentaire. Cet argument est-il décisif?

Il est indéniable que le droit canadien se distingue en cette matière du droit français. Le Code français n'a aucune disposition définissant, comme le fait notre article 596, la succession: «... la transmission qui se fait par la loi ou par la volonté de l'homme, à une ou plusieurs personnes des biens, droits et obligations transmissibles d'un défunt.» Et cela se comprend, puisque l'on ne connaît pas en France la liberté illimitée de tester qui nous est garantie par l'article 831 C.c. et il n'existe pas au Québec comme en France des héritiers réservataires à qui l'on ne peut pas enlever une certaine part d'une succession (art. 913 et ss. C.N.).

⁵² *Busby c. Ford*, précité, note 15.

⁵³ *Le droit civil canadien*, t. III, p. 265.

⁵⁴ *Traité de droit civil du Québec*, t. IV, p. 128.

⁵⁵ *La succession des comourants*, 53 R. du N. 393.

⁵⁶ *Cours de droit civil*, t. II, p. 352.

⁵⁷ *With respect to commorientes*, 54 R. du N. 169.

A part cette différence — dont nous ne voulons cependant pas minimiser l'importance — la confrontation des deux codes indique une analogie presque parfaite. Dans l'un comme dans l'autre, les présomptions de survie sont énoncées dans le chapitre premier consacré à l'ouverture des successions et à la saisine des héritiers. Ce chapitre, dans les deux codes, fait partie du Titre I consacré aux successions, titre situé dans le livre troisième également consacré, dans les deux codes, aux donations entre vifs et aux testaments (Titre II) et aux obligations (Titres III). A ce propos, nous croyons que Mignault a tort d'écrire que les présomptions se trouvent dans le chapitre consacré aux successions *ab intestat*.⁵⁸ Il n'en reste pas moins que, dans les deux codes, ces articles portant sur les présomptions, ne semblent pas devoir s'appliquer aux successions testamentaires, parce qu'ils se trouvent précisément placés au début du chapitre et parce qu'ils ne sont pas répétés, comme d'autres dispositions, dans les articles traitant des donations entre vifs et testamentaires. Les articles 605 et suivants — comme les articles correspondants, 720 et suivants du Code français — ne concernent que le droit à une hérédité. Les arguments invoqués par Demolombe et par Marcadé à ce sujet sont aussi valables en droit canadien qu'en droit français.⁵⁹

Mais il y a d'autres raisons pour exclure l'application des présomptions du domaine des testaments. Les classifications mêmes de l'article 604, référant aux personnes âgées de moins de quinze ans, personnes qui, parce que mineures, n'ont pas le droit de tester, ne laissent-elles pas clairement entendre que l'on veut limiter ces règles aux successions légales ? Ce n'est qu'à défaut de testament que la succession légale a lieu. L'existence d'un testament efface totalement la vocation successorale légale qu'avaient jusque-là les héritiers présomptifs. Dès que cette vocation est supprimée, il n'y a pas lieu de faire appel aux présomptions, même si les légataires institués étaient déjà des héritiers présomptifs.⁶¹ Quand Savetier⁶¹ écrit que l'héritier ne doit pas prendre le bénéfice des présomptions par cela seul qu'il est aussi légataire, il a raison puisqu'il envisage une hypothèse possible dans un droit où les héritiers réservataires ont à la fois la vocation héréditaire légale et reçoivent un legs, hypothèse forcément exclue en droit québécois où le testateur peut instituer un légataire universel et où le disposant n'est aucunement limité quant à la quotité disponible de son hérédité.⁶²

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 265.

⁵⁹ *Cf. supra.*

⁶⁰ *Contra* Turgeon et Faribault.

⁶¹ *Cf. supra* note (50).

⁶² *Contra* Rivard, *op. cit.*

La raison principale qui nous fait exclure les présomptions de survie dans les testaments, pourvu évidemment que ces testaments disposent de la totalité de la succession⁶³ est le désir manifeste du législateur de respecter l'intention des personnes. Le Code civil de la province de Québec permet aux individus de disposer de leurs biens comme ils l'entendent, sans réserve, restriction ni limitation. La succession légale est censée exprimer l'intention présumée du *de cuius*. Quand le *de cuius* a pris la peine de tester, ses volontés doivent être intégralement respectées. L'intention libérale du disposant est précisée dans le testament. Il y aurait certes déviation si, par le jeu des présomptions, l'on allait appeler à la succession des héritiers que le testateur, par son comportement et par la manifestation de ses volontés, n'a pas entendu avantager. Si l'on pousse à l'extrême la thèse voulant qu'un légataire universel soit l'équivalent d'un héritier légal, et que l'on suppose le cas où deux étrangers se sont réciproquement nommés légataires universels, l'on doit conclure qu'ils ont une vocation héréditaire identique à celle d'héritier présomptif. Si ces deux testateurs décèdent au cours du même événement et qu'on doive leur appliquer les présomptions de survie, il arrivera que la famille de l'un de ces testateurs héritera de toute la fortune de l'autre. Et cela nous paraît inconcevable dans un système successoral dont la première préoccupation est le respect de la volonté du *de cuius*.

Turgeon et Faribault⁶⁴ soutiennent que lorsque les comourants sont des conjoints, les présomptions ne s'appliqueraient pas sauf lorsqu'il n'y a pas d'héritiers rapprochés — hypothèse contenue dans l'article 624a — sous le motif que le conjoint survivant, lorsqu'il vient en concours avec des collatéraux privilégiés ou des ascendants privilégiés, n'a pas la saisine héréditaire tant qu'il n'a pas rapporté les droits et objets énumérés dans l'article 624c. Nous avons déjà écrit que depuis la Loi Pérodeau, les conjoints sont vraiment des héritiers successibles. Bien qu'ils n'aient pas la saisine de façon aussi automatique que les autres héritiers, ils ont néanmoins la qualité de successibles et il faut leur appliquer les présomptions de survie de l'article 603 lorsqu'ils décèdent *ab intestat*. Du reste, la saisine du conjoint survivant, lorsqu'elle s'exerce, opère rétroactivement.⁶⁵

L'application des présomptions de survie soulève donc des difficultés innombrables. Devant ces difficultés et toutes les controverses

⁶³ Nous estimons que les présomptions s'appliquent quand le défunt meurt *partim testatus, partim intestatus*.

⁶⁴ *Loc. cit.* à la p. 407 (Turgeon), *Op. cit.* à la p. 131 (Faribault).

⁶⁵ 67 R. du N. 476.

que soulève l'application de ces règles, les auteurs sont unanimes à critiquer cette théorie et ils s'interrogent sur son opportunité.⁶⁶ Ces critiques nous paraissent justifiées et nous souhaitons que, lors de la revision du Code civil, ces présomptions soient supprimées.

La disparition des présomptions n'entraînerait pas, à notre avis, des conséquences fâcheuses. Bien au contraire. La succession de chacun des comourants serait dévolue de façon autonome, comme si aucun d'eux n'avait survécu. Pour hériter, il faut avoir survécu. Et si celui qui prétend à un héritage ne peut pas prouver qu'il a survécu, soit au moyen d'une preuve directe, soit en faisant appel aux présomptions — évocation qui sera extrêmement difficile à faire — il ne pourra pas réclamer l'héritage. La succession sera donc dévolue aux autres héritiers qui remplissent la condition essentielle: la survie. La plupart des législations modernes s'en tiennent à ce système⁶⁷ et le droit et l'équité s'en portent bien ! Nous croyons donc que l'absence de textes spéciaux est préférable et cela paraît évident quand on considère des cas concrets de décès simultanés. Que l'on songe par exemple à la situation de plus en plus fréquente d'accidents au cours desquels des conjoints qui se sont institués légataires universels, et qui ne laissent pas d'enfant, meurent au cours de la même tragédie. S'il fallait alors appliquer les présomptions, le mari qui, en droit québécois est généralement présumé avoir survécu, laisserait à ses proches et à sa famille une succession constituée pour une bonne partie de biens qui viennent d'une autre famille, celle de sa femme.

⁶⁶ « Il eut été moins compliqué et plus logique de s'en remettre au droit commun », disent Planiol et Ripert; « il est permis de douter que la loi ait agi sagement en établissant ces présomptions... elles ne sont point indispensables et la situation aurait pu recevoir une solution sans elles par l'application du droit commun... » (Beudant); « Pourquoi ne pas avoir laissé aux présomptions le caractère de simple présomption de l'homme abandonné à l'appréciation des magistrats; pourquoi lier le juge? » (Colin et Capitant); l'application de ces règles conduit à des résultats insuffisants ou absurdes (Colin et Capitant); «... cette réglementation artificielle et byzantine... théorie qui n'a pas même le mérite de prévoir toutes les éventualités » (Josserand).

⁶⁷ Droit néerlandais (art. 878 C. civ. néerl.) et italien (art. 4 C. civ. ital.). Au Canada cependant, depuis 1940, dans toutes les provinces sauf Québec et Terre-Neuve, à la suite d'une recommandation de la *Conference for Uniformity of Legislation*, l'on a adopté par statut une présomption suivant laquelle, dans les mêmes circonstances, «... *the younger shall be deemed to have survived...* », voir Gilbert D. Kennedy, (1951) 29 Can. Bar. Rev. 309. Aux Etats-Unis, en l'absence de dispositions particulières — v.g. en Californie — il n'y a pas de présomption de survie.