

# La légitimation et l'adoption de l'enfant hors du mariage

Viateur Bergeron

Volume 4, Number 2, April 1960

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004132ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004132ar>

[See table of contents](#)

## Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

## ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

## Cite this article

Bergeron, V. (1960). La légitimation et l'adoption de l'enfant hors du mariage. *Les Cahiers de droit*, 4 (2), 14–25. <https://doi.org/10.7202/1004132ar>

## LA LÉGITIMATION ET L'ADOPTION DE L'ENFANT HORS DU MARIAGE

VIATEUR BERGERON

chargé de travaux pratiques à service complet à la faculté de Droit de  
l'Université d'Ottawa.

L'enfant naturel est placé dans une situation juridique et sociale péjorative. L'enfant naturel simple est moins à plaindre car si ses parents naturels ont vraiment de l'affection pour lui, ils le légitimeront par un mariage subséquent. Autrement, il ne peut succéder ab intestat à ses père et mère ni à personne de sa famille naturelle. Il n'a droit à aucune réclamation si sa mère ou son père naturels sont tués accidentellement (ailleurs qu'au cours d'un travail). L'enfant adultérin ou incestueux a droit à la vie et au nécessaire pour son entretien, c'est tout.

Devant cette situation pénible de l'enfant né hors mariage, le législateur a prévu deux moyens d'y remédier. D'abord, le moyen le plus normal, le plus près de la nature, la légitimation. Celle-ci est ouverte à l'enfant naturel simple sans restriction, sauf quant à certains effets à l'égard de l'enfant déjà adopté par des tiers.

Mais le mariage subséquent des parents naturels n'est pas toujours possible, et ne se fait pas toujours; alors, il fallait trouver un moyen de donner à ces enfants abandonnés un foyer, une vie normale: on a institué l'adoption.

Comme on désirait que cette nouvelle institution vint au secours de l'enfance abandonnée, on a voulu être charitable sans restriction et on ferme les yeux sur les origines de l'enfant; on lui donne les mêmes avantages, un foyer et une légitimation fictive qui le place désormais sur le même pied que les enfants légitimes. De même, toute notre loi d'adoption, comme nous le verrons, a été organisée en vue de laver la tache originelle de l'enfant illégitime.

Les parents naturels, adultérins, ou incestueux peuvent se racheter en adoptant leur enfant et en l'élevant comme un légitime. Quand les parents font défaut, les tiers, des couples généreux, prennent ces enfants et les amènent dans leur foyer où ils sont traités comme leurs enfants propres.

Nous pourrions comparer ces deux moyens, la légitimation et l'adoption, à deux portes de sortie de la filiation naturelle. L'une est réservée à une catégorie spéciale d'enfants, l'autre est ouverte à tous. C'est principalement sous cet aspect que nous étudierons le redressement de l'illégitimité. Nous verrons comment l'enfant né hors mariage peut être débarrassé de ses tares d'origine et revêtir l'habit de l'enfant légitime.

Nous parlerons de la légitimation en premier lieu, car ce n'est qu'à défaut de celle-ci, qu'on recourt à l'adoption. Nous verrons les conditions nécessaires à sa réalisation, ses causes et les personnes qui peuvent la contester.

Dans une deuxième partie, nous aborderons le problème de l'adoption des enfants nés hors mariage et nous suivrons le même plan: conditions et contestation.

Enfin, dans une courte conclusion, nous ferons quelques observations sur les deux problèmes qui font le sujet de notre exposé.

---

## PREMIÈRE PARTIE LA LEGITIMATION

### SOMMAIRE

*1ère sous-partie: Conditions de la légitimation.*

*1ère section: La filiation naturelle: condition première*

1. Naissance avant le mariage;
2. L'enfant doit avoir pour père et mère les deux personnes qui s'épousent;
- La reconnaissance;
4. Liaison simple du père et de la mère lors de la conception;
5. L'adoption est-elle un obstacle à la légitimation ?

*2ème section: Mariage des père et mère: deuxième condition essentielle.*

6. Aucune nécessité de désigner les enfants lors du mariage.
7. Mariage putatif: effets quant aux enfants naturels.

*2ème sous-partie: Contestation de la légitimation.*

*Section unique: Causes et demandeurs possibles.*

8. Reconnaissance de l'enfant d'un tiers.
9. Cas spécial de l'enfant adultérin.
10. Légitimation de l'enfant incestueux; hypothèse à propos de l'article 127.

## PREMIERE PARTIE

*1ère sous-partie:* Les conditions de la légitimation.

*1ère section: La filiation naturelle: condition première*

1. *La naissance avant le mariage.* La filiation naturelle est la condition fondamentale et essentielle de la légitimation. Mais la filiation hors mariage est simple, adultérine ou incestueuse. Nous ferons alors dans les paragraphes suivants les distinctions qui résultent de ces diverses filiations.

Premièrement, l'enfant doit être né avant le mariage de ses père et mère:

"La naissance durant le mariage confère la légitimité, nonobstant la nature adultérine ou incestueuse des relations antérieures... .. sauf réserve pour désaveu" (1).

Il n'y a pas d'intérêt à taxer une naissance durant le mariage d'illégitimité. D'ailleurs, le droit de désaveu du mari étant réservé, cela écarte les injustices qui pourraient être causées; le mari est le principal intéressé dans l'affaire. De plus, notre code considère l'enfant conçu seulement comme déjà né quand il en résulte pour lui un avantage (2). Le contraire n'est pas vrai. "Cette présomption de légitimité de l'enfant, né pendant le mariage, existe pour et contre lui. L'enfant n'est pas recevable à revendiquer une autre filiation qui serait incestueuse ou adultérine car, alors, ce serait contraire à l'ordre public, ce qui est prohibé par la loi". (3).

Le mari ou ses héritiers dans certains cas peut désavouer un enfant (4). Si celui-là ne l'a pas désavoué, l'enfant est tenu pour légitime, indépendamment de toutes autres circonstances, quand l'enfant est né durant le mariage. Cela ressort de la doctrine de la majorité des auteurs et de la jurisprudence citée.

2. *L'enfant doit avoir pour père et mère les deux personnes qui s'épousent.* L'enfant, pour être légitimé, doit avoir pour père et mère les deux personnes qui s'épousent (5). Cette proposition en est une de gros bon sens et il serait odieux qu'il pût en être autrement. Dans la cause de *Lehay c. Leahay* (6), ce principe a été affirmé de façon catégorique.

"Ce serait contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs; et la reconnaissance que le mari aurait faite d'un enfant, même par l'acte de baptême de cet enfant, est sans effet lorsqu'il est constant que cet enfant est né de l'union de la femme avec un autre homme, ou dans un temps où cette femme se prostituait et qu'il n'a jamais eu la possession d'état d'enfant du mari. Le mariage ne légitime que les enfants dont le père est certain".

(1) *Trudel*, t. 2, p. 114; *Pothier*, 2è. éd., t. 3, p. 321-327.  
*Mignault*, t. 2, p. 78; art. 226 c. c.  
*Mignault*, t. 2, p. 119.

(2) Art. 608, c. c.; art. 838 c. c.

(3) *Delcourt c. Desjardins*, (1924), 30 *R. L.*, p. 127.

(4) *Guérin c. Moisan*, 71 *B. R.*, p. 116 et art. 219 ss. c. c.

(5) *Trudel*, t. 2, p. 113; *Lehay c. Leahay*, 6 *C. S.*, p. 366.

(6) Cette cause est discutée dans *Mignault*, t. 2, p. 121.

Les auteurs français traitent également de ces reconnaissances de complaisance de la part du mari, qui ont pour but de légitimer les enfants de la femme qu'il épouse. Ces reconnaissances peuvent être contestées par l'auteur lui-même <sup>(7)</sup> <sup>(8)</sup>. Une conclusion absolument évidente ressort de toutes ces citations ; à savoir, la condition nécessaire ; que l'enfant légitimé ait pour père et mère les deux personnes qui s'épousent.

3. *La reconnaissance*. Nous n'avons parlé qu'incidemment de la reconnaissance dans le paragraphe précédent. On étudiera de plus près cette condition de la preuve de la filiation naturelle: la reconnaissance.

Nous n'étudierons tout de même que certains points qui se rapportent plus spécialement à la légitimation <sup>(9)</sup>. Si l'enfant a été reconnu avant le mariage soit volontairement, soit judiciairement, aucun problème ne se pose sauf pour les causes de contestation possibles que nous verrons dans la deuxième partie de notre exposé.

Si l'enfant n'est pas reconnu par ses parents avant le mariage mais qu'il vit avec eux, qu'arrivera-t-il au cas où il lui faudrait démontrer sa légitimation ? Le problème se ramène à une question de preuve <sup>(10)</sup>. Nous nous contenterons d'indiquer ici, sans entrer dans les détails, les principaux moyens que l'enfant pourrait invoquer pour prouver sa légitimation. D'abord, le fait que les parents gardent cet enfant avec eux peut constituer une sorte de reconnaissance implicite. Si personne d'autre n'a reconnu cet enfant comme sien et que depuis plusieurs années il demeure avec ses prétendus père et mère, on aura ainsi recours à la preuve par la possession d'état <sup>(11)</sup>. On peut inférer cette conclusion du jugement de Lehay c. Lehay <sup>(12)</sup>, par argument "a contrario".

En effet, on dit que si l'enfant n'a jamais eu la possession d'état d'enfant du mari, même le mari qui l'a reconnu pourra contester sa reconnaissance. Donc, si l'enfant a eu cette possession d'état d'enfant commun des deux époux, cette possession d'état pourra servir de preuve de sa légitimation. La preuve de la légitimation sera souvent plus difficile à établir et, en certains cas, cela sera peut-être impossible, si l'enfant n'a pas été recon-

(7) *Planiol et Ripert*, t. 2, p. 711.

(8) Nous n'avons traité qu'incidemment de la reconnaissance pour démontrer l'importance et la force de la proposition citée. Pour étude plus complète, on peut référer à J. C. Coutu, l'établissement du statut de l'enfant naturel, coll. des travaux pratiques de la Faculté de Droit (Ottawa), la condition juridique de l'enfant naturel, 1956-57, p. 7 ss.

(9) Pour les conditions générales de cette reconnaissance voir J. C. Coutu, op. cit. par. 1, 2, 3, 4.

(10) Voir Coutu, op. cit., par. 5 à 10 et spécialement par. 7.

(11) "La possession d'état d'un enfant naturel se prouve par un ensemble de faits qui indiquent le rapport de filiation entre les enfants et le père" — 1926 R. L. n. s., p. 447 On pourrait ajouter "entre les enfants et la mère".

(12) 6 C. S., p. 366.

nu et n'a pas vécu avec ses parents. Si ceux-ci sont vivants, l'enfant pourra entreprendre la preuve de sa légitimation en produisant l'acte de mariage de ses père et mère. Car, sans cela, il serait inutile de faire des procédures. Cela ne sert à rien de rechercher une filiation légitime de parents qui ne seraient pas mariés.

Si les parents sont morts, les enfants légitimés par le mariage de leur père et mère, devront produire l'acte de célébration du mariage de leurs parents. Cela résulte clairement de l'étude des auteurs sur le point (13).

Il faut certes qu'on ne puisse opposer aux enfants qui recourent à l'article 1662 c. c., un acte de naissance qui contredise leur possession d'état. Or, dans le cas de la légitimation et dans l'hypothèse où les parents sont morts sans avoir reconnu leurs enfants et sans que ceux-ci aient vécu avec eux, il est fort probable que l'acte de naissance les désignera comme enfants naturels. De plus, n'ayant pas vécu avec les parents, ils n'auront pas la possession d'état. Donc, l'art. 162 n'est d'aucune utilité pour eux. Quant à leur filiation, ils devront la prouver par les autres moyens qui leur sont ouverts (14).

Je n'ai rencontré aucune cause, ni aucun auteur donnant une solution positive, ni rien qui puisse permettre d'en inférer une. Le problème demeure une question de preuve du mariage et de la filiation. Mais la porte n'est pas irrémédiablement fermée. Il reste que la preuve sera très difficile à faire; mais je ne pense pas qu'il y ait rien qui nous empêche d'essayer d'établir la filiation par un commencement de preuve par écrit et une preuve testimoniale.

4. *Liaison simple du père et de la mère lors de la conception.* Il est nécessaire qu'à l'époque de la conception de l'enfant, le père et la mère aient été en liaison simple; c'est-à-dire que leurs relations aient été exemptes d'adultère ou d'inceste (15). Cette règle vient du vieux droit français. Il faut qu'à l'époque de la conception de l'enfant, les père et mère eussent pu se marier. Cette condition est très importante surtout quand l'enfant naît en dehors du mariage.

Car, autrement, l'art. 237 c. c. ne pourrait s'appliquer à cause de la prohibition qui est faite de légitimer des enfants incestueux ou adultérins. Le mariage subséquent des père et mère de tels enfants ne laverait pas la tâche de ces enfants conçus et nés avant le mariage. La règle est très claire et catégorique.

5. *L'adoption est-elle un obstacle à la légitimation?* L'unanimité n'est pas faite sur ce point. Malgré les affirmations catégoriques des auteurs sur ce point (16) les tribunaux ont dans le passé adopté une position complètement opposée (17) (18).

(13) *Trudel*, t. 2, p. 120; *Mignault*, t. 1, p. 471.

(14) Sur les autres moyens de prouver sa filiation naturelle; cf. *J. Coutu, op. cit.*, et spécialement par. 7.

(15) cf. par. 6 (*supra*).

"Par suite d'une fiction, la loi enlève la puissance paternelle aux parents naturels pour la conférer aux adoptants, en établissant une filiation légitime. Dans ces circonstances, le mariage subséquent des parents naturels ne peut légitimer l'enfant".

Cette règle établie par nos tribunaux, pratique une brèche dans les affirmations catégoriques des auteurs qui soutiennent, en se basant sur le code, que le mariage subséquent des pères et mère légitime d'une façon inéluctable les enfants naturels simples des deux époux. Trudel (19) rapportant le même principe, le discute et ne semble pas admettre que la légitimation fictive apportée par l'adoption doive céder le pas à la légitimation normale par le mariage subséquent des parents naturels. Cette question touche au problème de la rupture des liens familiaux de l'adopté avec sa famille d'origine. Me Mayrand, dans son excellent travail reprend la solution déjà prônée par les auteurs (20). Me Ducharme dans son rapport soumis au Congrès de l'Association Henri Capitant traite de ce problème (21).

Reprenant l'opinion de Me Ducharme que nous croyons bien fondée, nous distinguerons entre la légitimation antérieure à l'adoption et la légitimation postérieure à celle-là.

"Si une adoption est octroyée dans l'ignorance que l'adopté a été légitimé antérieurement, il n'y a pas de doute que le jugement qui la prononce est nul "ab initio" (22).

Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire d'entrer plus avant dans la discussion de cette question. Le problème le plus sérieux se pose toujours quand la légitimation a lieu après l'adoption de l'enfant par des tiers. Si le père et la mère naturels, d'un enfant légalement adopté par des tiers, se marient, ils légitiment cet enfant déjà adopté. "Cependant la légitimation, dans ce cas, n'aura pas pour effet d'investir les parents de la puissance paternelle. Tant que l'adoption subsiste l'autorité appartient aux adoptants" (23).

(16) *Trudel*, t. 2, pp. 114 et 116; *art. 237 c. c.*; *Pothier*, t. 3, pp. 321 à 327; *Mignault*, t. 2, p. 118.

(17) *Mallette c. Pierre 1943 C. S.*, p. 216.

(18) Cause non rapportée mais discutée par *Trudel*, t. 2, p. 169.

(19) *Trudel*, op. cit., t. 2, pp. 168, 169.

(20) *Albert Mayrand*, "Adoption et successibilité", 1959 *R. du B.*, 409 à la p. 423. "Nous croyons que le mariage des parents naturels légitime leur enfant, que d'autres ont déjà adopté, sans toutefois affecter la validité ni la permanence de l'adoption".

(21) *Léo Ducharme*, "L'Adoption et les intérêts de la famille légitime", rapport soumis au Congrès de l'Association Henri Capitant à Québec, le 16 septembre 1958, (rapport non encore publié).

(22) *Léo Ducharme*, op. cit.

(23) *Léo Ducharme*, op. cit. L'auteur montre également comment la légitimation ne peut donner lieu ni à la requête en révocation, ni à l'action en nullité du jugement d'adoption.

Nous pouvons donc conclure que l'enfant adopté et ensuite légitimé garde le statut que lui a donné l'adoption, mais il pourra se faire reconnaître comme enfant légitime de sa famille d'origine <sup>(24)</sup>. Les avantages découlant du fait de son adoption et ceux découlant de la légitimation viendront s'additionner sur la tête de cet enfant autrefois complètement privé de droits. La légitimation produira tous les effets qui ne viennent pas en conflit avec ceux de l'adoption. Car il serait cruel et insensé qu'il en fût autrement. L'adoption doit subsister et garder le premier rang.

Car si, par le mariage subséquent des père et mère, l'enfant naturel adopté et ainsi légitimé pouvait être enlevé à ses parents adoptifs, personne ne voudrait, et avec raison, adopter un enfant naturel, de peur qu'après 4, 5 ou 10 ans, les parents naturels ne se marient et ne viennent leur enlever cet enfant auquel ils se sont attachés pendant tout ce temps.

Le conflit d'ailleurs n'est peut-être pas aussi grave qu'il peut paraître au premier abord. Il ne faut pas se laisser influencer par des cas particuliers qui peuvent être bien tristes. Mais il faut envisager le problème au niveau de la société. L'adoption et le fait que les parents naturels ne puissent pas reprendre leur enfant ainsi légitimé, par un mariage subséquent, n'est pas un inconvénient si sérieux.

En effet, si les parents naturels veulent garder leur enfant, ils le peuvent; ils peuvent le confier à des institutions charitables, en payant pour lui; ils conservent ainsi leurs droits et l'enfant ne pourra alors pas être adopté sans leur consentement.

S'ils l'abandonnent, c'est qu'ils renoncent à leurs droits; et leurs remords, les faisant revenir à des sentiments plus humains, ne peut leur permettre de changer d'avis, car ce serait aller contre l'intérêt de l'enfant dans la majorité des cas. Car les parents naturels qui se heurteront à cet obstacle en souffriront beaucoup plus que leur enfant, du moins en règle générale; la légitimation a lieu en faveur de l'enfant, d'abord, et non en considération des parents, car autrement, ce serait encourager le désordre social. C'est dans ce sens que toute la législation sur la filiation naturelle a été orientée dans notre droit.

Au point de vue du droit, il semble qu'il n'y ait pas de conflit sérieux; et même s'il en existe, ils sont inévitables. La solution pourrait venir plutôt, il semble, d'un changement, peut être nécessaire, de l'esprit des organismes qui s'occupent de ces cas. Nous touchons là à un problème de science sociale et nous n'en dirons pas plus.

*2ème section: Le mariage des père et mère: deuxième condition essentielle.*

*6...Aucune nécessité de désigner les enfants lors du mariage. Nous sommes en présence d'un enfant naturel, comment donc le légitimer ?*

(24) Léo Ducharme, op. cit., p. 11.



D'après nos lois, la première façon, c'est par le mariage des père et mère. Nous traiterons de la deuxième manière, l'adoption, dans la deuxième partie de l'exposé. La doctrine est très ferme à ce propos et tous les auteurs s'accordent pour dire que *les enfants naturels simples sont légitimés automatiquement et de plein droit* par le mariage subséquent des père et mère <sup>(25)</sup>. "La légitimation s'accomplit envers et contre la volonté des époux, ou des enfants"; "sans aucune désignation des enfants qui en bénéficient" <sup>(26)</sup>.

Cette dernière considération est très importante à cause de la règle contraire posée par le droit français <sup>(27)</sup>. Nous avons conservé l'ancien droit sur ce point <sup>(28)</sup>.

Le mariage "in extremis" produit aussi des effets civils sous nos lois <sup>(29)</sup>; il emporte légitimation de plein droit, comme le mariage ordinaire. Il ne faudra pas oublier ici que la cause de *Scott c. Paquet* <sup>(30)</sup> a été jugée avant la codification, comme le fait remarquer Mignault.

Enfin, comme nous l'avons mentionné plus haut <sup>(31)</sup>, même si l'adopté peut être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère naturels, la puissance paternelle n'est pas enlevée aux adoptants. C'est le seul cas qui semble restreindre l'université d'application des principes discutés dans ce paragraphe.

**7. Mariage putatif : effets quant aux enfants naturels.** Dans le cas d'un mariage annulé, si celui-ci est déclaré putatif, il produit des effets civils et les mêmes règles s'appliqueront aux enfants légitimés et à ceux qui naissent d'un tel mariage <sup>(32)</sup>.

Il ne semble pas y avoir de divergence sur ce point <sup>(33)</sup>. Nous devons tout de même porter attention à la question car Pothier <sup>(34)</sup> enseignait que les enfants nés antérieurement au mariage putatif ne pouvaient être légitimés par ce mariage.

(25) *Trudel*, t. 2, p. 113, 115-119; *Mignault*, t. 2, p. 113; *Pothier*, 5<sup>e</sup> part., ch. 2, art. 2, par. 4 (ou t. 3, p. 327, 328).  
Art. 237 c. c.

(26) *Mignault*; t. 2, p. 128.

(27) *C. Nap.* art. 331.

(28) *Pothier*, 5<sup>e</sup> part., ch. 2, art. 2, par. 4.

(29) *Trudel*, t. 2, p. 117; *Mignault*, t. 2, pp. 126 et 127.

(30) (1857) 4 *L. C. J.*, p. 149.

(31) parag. 5.

(32) *Trudel*, t. 2, p. 116; t. 1, p. 465: "Le mariage putatif confère la légitimation même aux enfants naturels nés antérieurement à ce mariage".

(33) *Mignault*, t. 1, p. 459.

(34) *Pothier*, 5<sup>e</sup> part., ch. 2, part. 2, par. 4.

2ème sous-partie: Contestation de la légitimation.

Chapitre unique: Les causes et les demandeurs possibles.

8. *La reconnaissance de l'enfant d'un tiers.* Si le père ou la mère, ou les deux, ont reconnu un enfant qui ne leur appartenait pas, ou qui n'était pas l'enfant des deux personnes qui se sont épousées (35) "cette reconnaissance pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt" (36). Mais l'auteur de cette reconnaissance pourra la contester "par tous les moyens propres à établir que l'enfant n'a pas la filiation qu'il réclame; il peut faire cette preuve, même dans le cas où il aurait lui-même signé l'acte de naissance de l'enfant" (37). La loi française confère le droit de contester la reconnaissance à "tous ceux qui y ont un intérêt". Cet intérêt peut être pécuniaire ou moral (38).

9. *Cas spécial de l'enfant adultérin* (39). L'enfant adultérin ne peut être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère (40) et (41). L'enfant est adultérin, si, au moment de la conception, le père ou la mère, ou les deux, étaient liés par un autre mariage. Ce caractère adultérin demeure, même si, au moment de la naissance, le père et la mère n'étaient plus liés par aucun mariage (42). Cependant, l'enfant dont la conception

(35) Voir parag. 2.

(36) *Mignault*, t. 2, p. 122; *Trudel*, t. 2, p. 125: c'est une action paulienne.

(37) *Lehay c. Lehay*, 6 C. S., p. 366 (jugé); *Mignault* a donné cette manière de voir, t. 2, p. 123.

(38) *Ripert et Boulanger*, traité de dr. civ., éd. 1956, t. 1, no. 1811, pp. 690-91. En résumé, d'après ces auteurs, voici ceux qui pourraient attaquer une reconnaissance:

- 1° — l'enfant lui-même;
- 3° — l'auteur de la reconnaissance;
- 3° — l'auteur d'une autre reconnaissance qui est en contradiction avec la reconnaissance contestée;
- 4° — les héritiers de l'auteur de la reconnaissance;
- 5° — les autres enfants naturels nés du même auteur;
- 6° — les donataires ou légataires de l'auteur de la reconnaissance;
- 7° — un ascendant ou même un collatéral de l'auteur de la reconnaissance qui a un intérêt moral à sauvegarder; mais le ministère public ne pourrait agir, car aucun texte ne l'autorise à cet effet.  
A Québec il est probable que certaines des personnes admises à contester en France ne le pourraient pas ici, par exemple celles prévues au no. 7.

(39) *Cf. Paul Coste-Floret*. La légitimation des enfants adultérins (1955) 37 *Cahiers du Droit* 47, notamment à la p. 57 où l'auteur affirme que l'on doit chercher une solution équitable pour l'enfant adultérin du côté de l'adoption plutôt que du côté de la légitimation.

(40) Art. 237 c. c.

(41) *Trudel*, t. 2, pp. 113 à 124.

(42) *Pothier*, 5è part., ch. 2, art. 2, par. 3.

est adultérine est tenu pour légitime, s'il naît durant le mariage et n'est pas désavoué (43). Dans ce cas, personne ne sera admis à contester la légitimité de cet enfant (44-45).

Dans le cas d'un homme déjà marié qui épouse une fille sans que celle-ci connaisse son premier mariage, leurs enfants, bien qu'adultérins en fait, seront tenus pour légitimes si la fille est de bonne foi car, alors il y aura mariage putatif (46). Par conséquent, la contestation sera fermée à tous

Pothier (47) traite du cas où un homme marié aurait eu des enfants d'une fille, qui ignorait que son amant était marié lors de leurs relations. Ces enfants, pour Pothier, sont adultérins et même le mariage valide subséquent des père et mère ne pourrait les légitimer.

Le fait que la fille aurait pu contracter un mariage putatif, au moment de ses relations charnelles, parce qu'elle aurait été de bonne foi, avec cet homme marié ne change rien à la situation pour Pothier. Je n'ai rien trouvé de semblable dans notre droit. Mais il faut se rallier à l'avis de Pothier, car le fait qu'un homme soit marié et que la fille le sache ou ne le sache pas ne change que bien peu de choses aux relations adultérines des deux amoureux. Ce serait alors encourager de pareilles relations que de laisser à ceux qui s'y livrent, l'espoir de pouvoir légitimer leurs enfants adultérins par un mariage subséquent. D'ailleurs comment la fille pourrait-elle prouver qu'elle n'aurait pas consenti aux relations si elle avait su que son amant était marié (48).

Si on légitimait d'autre part un enfant adultérin par fraude, il semble que toute personne intéressée pourrait contester cette légitimation (49); il est logique que la preuve du caractère adultérin soit à la charge du contestant. C'est là une règle de procédure reconnue par tous que celui qui allègue un fait doit le prouver.

Quand à l'enfant naturel valablement adopté par des tiers, nous avons déjà étudié cette question au paragraphe 5. Nous n'y reviendrons pas et nous aborderons immédiatement le problème de l'enfant incestueux.

10. *La légitimation d'un enfant incestueux; hypothèse à propos de l'article 127 c. c.* L'enfant incestueux ne peut être légitimé par le mariage

(43) Art. 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226 c. c.; cf. J. C. Coutu, *op. cit.*

(44) Cf. J. C. Coutu, *op. cit.* sous le titre Désaveu.

(45) Guérin c. Moisan, 71 B. R. p. 111. Voir aussi parag. 1, la naissance avant le mariage.

(46) Voir para. 7, le cas pourrait être inversé.

(47) 5<sup>e</sup> part., chap. 2, art. 2, par. 2.

(48) Il faut voir la différence entre la femme qui consent au mariage alors qu'elle croit épouser un homme libre et la femme qui consent aux relations charnelles, en ne se préoccupant pas bien souvent que l'homme, qu'elle connaît ainsi, soit marié ou libre.

(49) *Mignault*, t. 2, pp. 66 et 67.

subséquent de ses père et mère <sup>(50)</sup>. Il s'agit ici évidemment d'un enfant incestueux aux termes du code civil. Il semble qu'on ne doive s'occuper que de ceux-là. Ces enfants ne pourront jamais être légitimés car il n'y a pas de dispense prévue au code civil et le degré de parenté créant l'inceste prohibera toujours le mariage des père et mère. Cette conclusion est absolument claire jusqu'au moment où on arrive à l'article 127. Mais il semble que l'on n'ait jamais appliqué cet article aux enfants. L'article 127 s'occupe des parents sans se préoccuper des enfants. Mignault et Trudel, en parlant de la parenté à propos de cet article ne disent absolument rien des enfants incestueux au point de vue religieux, qui pourraient être considérés comme tels au point de vue civil. Cela suppose le cas d'un empêchement créé avant 1866, par une église ou société religieuse et basé sur un degré de parenté non visé par le code.

Cependant, comme le code civil adopte, pour les questions qui ne sont pas déjà réglementées civilement, les lois religieuses telles que mentionnées à cet article <sup>(51)</sup>, nous pouvons supposer que la loi civile reconnaît les conclusions de la loi religieuses sur ce point.

Pothier <sup>(52)</sup> enseignait la possibilité d'une légitimation des enfants incestueux par un mariage après valable dispense à son époque, la conclusion était logique car la loi civile en ces matières adoptait les principes du droit canonique.

Enfin, pour répondre à l'hypothèse qui voudrait qu'un jour une de nos cours, dans un litige, décidât que tel enfant incestueux au point de vue religieux soit tenu comme tel au point de vue civil par l'art. 127, nous proposons la solution suivante: Il semble admis que lorsqu'une loi religieuse est incorporée à la loi civile du fait de l'article 127 cc. (à condition que cette loi religieuse n'entre pas en conflit avec d'autres articles traitant du même sujet,) la loi civile sanctionne la loi religieuse dans ses modalités et ses conclusions. Alors un enfant incestueux au point de vue religieux, devrait être tenu comme tel par la loi civile et ne serait légitimé qu'en autant que la loi religieuse permettrait cette légitimation.

Pour l'enfant incestueux la solution, en droit canonique <sup>(53)</sup> est la suivante: "Le canon 1116 se lit comme suit:

"Un enfant devient légitime par le mariage subséquent des parents... .. pourvu qu'au moment de la conception ou de la gestation ou de la naissance, les parents étaient habiles à contracter mariage, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas d'empêchements ni naturels, ni canoniques".

(50) C. C. 237.

(51) Cette opinion est exposée par Trudel bien que d'autres auteurs et la Cour suprême aient tendance à restreindre le plus possible la portée de cet article; cela justifie de n'y pas attacher d'importance en ce qui regarde les effets des mariages prohibés par cet article seulement.

(52) *Trudel*, t. 2, p. 117 et *Pothier* (2<sup>e</sup> éd.) t. 3, p. 322.

(53) La solution du droit canonique nous a été fournie par le R. P. René Latri-mouille, o.m.i., professeur à la faculté de Théologie et à la faculté de Droit de l'Université d'Ottawa. Nous avons voulu illustrer le principe, en vertu duquel nous pourrions transposer cette solution canonique dans notre droit civil, le cas échéant.

Or, l'enfant de deux cousins germains reste incestueux s'il naît avant le mariage des parents et il n'est pas légitimé par le mariage subséquent : parce qu'au moment de la naissance, les parents n'étaient pas habiles à se marier.

Mais il pourra être légitimé, si les parents obtiennent leur dispense de parenté avant la naissance de l'enfant, même s'ils ne se marient qu'après cette naissance, car alors, au moment de la naissance, ils étaient habiles à se marier en vertu de la dispense.

L'enfant pourrait aussi être légitimé si les parents, en demandant leur dispense de parenté après la naissance de l'enfant, demandaient en même temps un rescrit spécial de légitimation. Ce serait une légitimation par rescrit spécial qui peut s'accorder sauf pour les enfants adultérins ou sacrilèges, mais non pas une légitimation par mariage subséquent. Nous pourrions transposer cette solution en droit civil comme nous l'avons indiqué plus haut.

Tout de même, il semble que la solution la plus logique serait de ne pas s'occuper de l'article 127 en ce qui regarde l'enfant incestueux. Contrairement à l'enfant adultérin — qui pose un cas plus sérieux car ses père et mère peuvent se marier après la mort d'un conjoint — l'enfant incestueux ne pose guère de problème puisque jamais ses père et mère ne pourraient en principe s'épouser<sup>(54)</sup>.

Cependant, si en fraudant la loi, des parents légitimaient un enfant incestueux qui, dans le cas, ne pourrait être que l'enfant d'un tiers<sup>(55)</sup>, cette légitimation pourrait être contestée par tous ceux qui y auraient un intérêt<sup>(56)</sup>.

N. B. Ceci est la première partie d'un article dont la suite sera publiée au prochain numéro des cahiers du Droit.

(54) *Trudel*, t. 2, p. 114 et 115; *Baudouin*, p. 247.

(55) Voir parag. 8.

(56) *Mignault*, t. 2, p. 67; il me semble qu'on peut appliquer ici les conclusions de Mignault sur l'action en contestation de légitimité.