

Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes

Michelle Giroux

Volume 32, Number 4, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027576ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027576ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Giroux, M. (2002). Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes. *Revue générale de droit*, 32(4), 865–907.
<https://doi.org/10.7202/1027576ar>

Article abstract

This article analyses the impacts of DNA testing on filiation by blood as a result of the Québec Court of Appeal decision in *A.P. v. L.D.* The author assesses the effects of this decision on the right to the protection of the integrity of the person, the right of privacy, the child's interest and his right to know his origins. Also, the consequences of recently adopted *Bill 50* on this question are examined. In *A.P. v. L.D.*, the Québec Court of Appeal, in an unprecedented way, ordered a person to take DNA testing without specific legislative authority in force at the time. This aspect of the decision is commented and questioned by the author. Since this decision, the adoption of section 535.1 C.C.Q. has amended the Civil Code to allow for an order forcing a person to submit to DNA testing when filiation is in question. The author measures the effects of the new section 535.1 C.C.Q. in light of *A.P. v. L.D.* Furthermore, the paper considers the effect of the use of DNA testing on the establishment of filiation. Such testing raises questions and causes dilemmas as the quest for biological truth often leaves aside social truth. Certain court decisions that have resisted applying the current rules when the biological truth would not be the result of their finding illustrate the difficulty. The author suggests that a debate is necessary on this question and concludes that the extent of one's right to his origins is critical to the outcome.

Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes

MICHELLE GIROUX*

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Ce texte propose l'étude des effets du test d'ADN en matière de filiation par le sang. L'auteure voit d'abord les effets sur les droits à l'inviolabilité et à la vie privée, de même que sur l'intérêt de l'enfant et son droit de connaître ses parents, à la lumière de l'affaire A.P. c. L.D. et du Projet de loi 50. Dans A.P. c. L.D., la Cour d'appel du Québec, dans un revirement jurisprudentiel, a ordonné à une personne de se soumettre à un test d'ADN, en l'absence d'une disposition législative habilitante. Cette décision est commentée par l'auteure. Puisque depuis l'adoption du Projet de loi 50, le Code civil du Québec permet ce genre d'ordonnance, l'auteure analyse aussi la portée du

ABSTRACT

This article analyses the impacts of DNA testing on filiation by blood as a result of the Québec Court of Appeal decision in A.P. v. L.D. The author assesses the effects of this decision on the right to the protection of the integrity of the person, the right of privacy, the child's interest and his right to know his origins. Also, the consequences of recently adopted Bill 50 on this question are examined. In A.P. v. L.D., the Québec Court of Appeal, in an unprecedented way, ordered a person to take DNA testing without specific legislative authority in force at the time. This aspect of the decision is commented and questioned by the author. Since this decision, the adoption of

* L'auteure tient à remercier sa collègue Marie Pratte qui a bien voulu commenter ce texte.

nouvel article 535.1 C.c.Q. à l'aide du regard critique apporté par l'analyse de l'affaire A.P. c. L.D. De plus, l'étude discute de l'effet de l'utilisation du test d'ADN en matière d'établissement de la filiation. Ce dernier entraîne dilemmes et paradoxes en privilégiant la vérité biologique dans l'établissement de la filiation par le sang et en écartant l'autre fondement de cette filiation, la vérité sociale et affective. En effet, une certaine jurisprudence résiste à appliquer les règles en place lorsqu'elles ont pour effet d'empêcher la reconnaissance de la vérité biologique. L'auteure croit qu'un débat de société doit être engagé sur la filiation en général. L'analyse du droit aux origines s'impose dans ce débat.

section 535.1 C.C.Q. has amended the Civil Code to allow for an order forcing a person to submit to DNA testing when filiation is in question. The author measures the effects of the new section 535.1 C.C.Q. in light of A.P. v. L.D. Furthermore, the paper considers the effect of the use of DNA testing on the establishment of filiation. Such testing raises questions and causes dilemmas as the quest for biological truth often leaves aside social truth. Certain court decisions that have resisted applying the current rules when the biological truth would not be the result of their finding illustrate the difficulty. The author suggests that a debate is necessary on this question and concludes that the extent of one's right to his origins is critical to the outcome.

SOMMAIRE

Introduction.....	867
I. Le test d'ADN, le droit à l'inviolabilité et à la vie privée	872
A. Un bref regard sur le test d'ADN.....	873
B. La légalité de l'ordonnance d'un test d'ADN.....	876
C. Les conséquences associées au refus de se soumettre à un test d'ADN.....	879
II. Le test d'ADN et l'intérêt de l'enfant.....	882
A. L'intérêt de l'enfant et le droit de connaître ses origines	882
B. L'absence de législation permettant d'ordonner un test d'ADN : intérêt de l'enfant ou droit à l'inviolabilité?.....	884

III. L'impact du test d'ADN sur les fondements du droit de la filiation	890
A. Les fondements actuels	891
B. La remise en question	898
Conclusion	905

INTRODUCTION

Il y a un engouement certain pour la recherche de la vérité biologique en Occident, que cela soit en matière d'adoption, dans le contexte de la procréation médicalement assistée avec donneur ou en matière de filiation par le sang. Dans le cadre de l'adoption, on permet maintenant des retrouvailles avec les parents biologiques¹ et on critique de plus en plus l'adoption fermée². L'établissement du lien de filiation entre le donneur de gamètes et l'enfant conçu à l'aide des technologies de la reproduction, de même que des contacts entre ces personnes ne sont pas possibles au Québec³, mais demeurent parmi les questions les plus controversées sur le plan international où des revendications de plus en plus nombreuses militent en faveur des retrouvailles dans ce contexte aussi⁴. Finalement, en matière de filiation par le sang⁵, l'avènement du test d'ADN⁶ donne maintenant accès à la vérité biologique.

1. Art. 583 C.c.Q. Voir aussi *Droit de la famille* — 989, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.).

2. Voir D. GOUBAU, « Open adoption in Canada », dans A. FINES et U. NEIREINCK (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 63. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec. Projet de loi 84 (2002) Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, Mai 2002, p. 4 et 5.

3. Art. 538.2 et 542 C.c.Q.

4. Voir notamment É. DELEURY, « Droit de la filiation et progrès scientifiques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé (1991)*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, p. 173, p. 183 et suiv.

5. Art. 523 et suiv. C.c.Q. La qualification « filiation par le sang » est certes imparfaite étant donné que vérité biologique et vérité socio-affective en constituent les fondements.

6. Acide désoxyribonucléique.

Paradoxalement, les progrès scientifiques en matière de procréation nous forcent à considérer davantage le lien social et affectif dans l'établissement de la filiation⁷. Il en est de même en matière d'adoption⁸. L'avènement de l'homoparentalité en droit québécois depuis l'adoption du *Projet de loi 84*⁹ ajoute également aux paradoxes déjà existants en matière de filiation¹⁰. Aussi, dans les familles recomposées, la notion de parent psychologique prend de l'importance¹¹. Les situations familiales sont extrêmement diverses. En conséquence, il en résulte une grande difficulté à établir des règles en matière de filiation.

Dans le cadre des changements profonds vécus par la famille, nous proposons d'observer plus particulièrement l'impact du test d'ADN en matière de filiation, à la lumière d'une décision de la Cour d'appel du Québec rendue en décembre 2000, l'affaire *A.P. c. L.D.*¹² et du *Projet de loi 50*¹³,

7. L'article 538.2 C.c.Q. interdit tout lien de filiation entre l'auteur de la contribution génétique et l'enfant qui est issu grâce à celle-ci. Voir aussi les art. 539 et 542 C.c.Q. Voir également B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LE BRIS, « Les tests génétiques à des fins d'identification », dans Institut suisse de droit comparé, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schultass Polygraphischer Verlag, 1994, p. 83.

8. Art. 577 C.c.Q. Voir aussi B. M. KNOPPERS et al., *id.*, p. 83.

9. *Projet de loi 84, Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, adopté le 7 juin 2002, sanctionné le 8 juin et entré en vigueur le 24 juin suivant, sauf exceptions.

10. En effet, l'homoparentalité ne peut être reconnue que si la vérité affective prédomine. Il faut dire que dans les contextes particuliers de la procréation assistée et de l'adoption, cela peut se justifier, mais nous ne ferons pas cette analyse ici.

11. Voir notamment *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242; A. OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, p. 521; B. MOORE, « La notion de « parent psychologique » et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115.

12. *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).

13. *Projet de loi 50, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19, art. 5, adopté, sanctionné et entré en vigueur le 13 juin 2002. L'article 5 introduit le nouvel article 535.1 dans le *Code civil du Québec*. Il se lit comme suit :

Le tribunal saisi d'une action relative à la filiation peut, à la demande d'un intéressé, ordonner qu'il soit procédé à une analyse permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique d'une personne visée par l'action.

Toutefois, lorsque l'action vise à établir la filiation, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il y a commencement de preuve de la filiation établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves pour justifier l'ordonnance.

récemment adopté par l'Assemblée nationale. L'analyse détaillée de cette décision permet un meilleur regard critique sur la nouvelle disposition législative.

D'abord, en ce qui a trait à l'affaire *A.P. c. L.D.*¹⁴, la Cour d'appel du Québec a provoqué un revirement jurisprudentiel important. Dans le cadre d'une action en réclamation de paternité, elle a décidé qu'un tribunal peut ordonner à une personne, d'office ou sur demande, de se soumettre à un test d'ADN, en l'absence d'une disposition législative l'autorisant¹⁵.

Le 3 novembre 1999, l'honorable Pierrette Rayle, de la Cour supérieure du district de Montréal rend jugement sur

Le tribunal fixe les conditions du prélèvement et de l'analyse, de manière qu'elles portent le moins possible atteinte à l'intégrité de la personne qui y est soumise ou au respect de son corps. Ces conditions ont trait, notamment, à la nature et aux date et lieu du prélèvement, à l'identité de l'expert chargé d'y procéder et d'en faire l'analyse, à l'utilisation des échantillons prélevés et à la confidentialité des résultats de l'analyse.

Le tribunal peut tirer une présomption négative du refus injustifié de se soumettre à l'analyse visée par l'ordonnance.

14. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12. Dans cette affaire, le 16 juin 1997, Madame L.D., personnellement et à titre de tutrice à son fils É.D., conçu le 18 juillet 1983 et né plus tard dans la même année, intente une action en réclamation de paternité contre Monsieur A.P. Quatre mois après la fin de leur relation, à la fin juillet 1983, les parties se sont revues et ont eu une relation sexuelle, juste avant le déménagement de Madame à Vancouver. En décembre 83, lorsque cette dernière a communiqué avec Monsieur pour lui annoncer la grossesse, il a nié sa responsabilité à cet égard. *A.P. c. L.D.*, *id.*, par. 8 et 9. Pour un commentaire de cette affaire, voir Véronique LEHOUX, *A.P. c. L.D., l'essor de la preuve scientifique en droit de la filiation : le système juridique est-il prêt?*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa, 2001; M. TÉTRAULT, *Droit de la famille : Aspects juridiques et déontologiques*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2001, p. 332 à 335. Voir aussi une chronique du même auteur, « La Cour d'appel se prononce : un tribunal peut contraindre un père présumé à subir un test d'ADN », (2001) 9 *Repères* 38. Voir également J. VERDON, « La jurisprudence marquante de la dernière année en droit de la famille », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Yvon Blais, 2001; et M. PROVOST, « La filiation », dans J.P. SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, Publications CCH, p. 4,013 et suiv. Sur le plan de la méthodologie et de la théorie de l'interprétation, voir finalement, P.-A. CÔTÉ, « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », à paraître dans *Les mélanges Jean Pineau*, plus particulièrement aux pages 5 à 8.

15. Il peut être utile de préciser la formulation des questions en litige par la Cour d'appel : 1. Ordonner le test d'ADN constituerait-il une violation de l'intégrité de l'appelant? 2. Si oui, le droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines est-il plus important que le droit à l'intégrité? 3. Si oui, l'absence de législation permettant le test, empêche-t-elle de prononcer l'ordonnance? 4. Si oui, [l'ordonnance...] est-elle suffisamment précise pour être exécutoire?, *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 19 et suiv.

une requête pour soumettre l'appelant à un test d'ADN¹⁶. Dans ce jugement, elle ordonne (ordonnance intérimaire) à l'appelant de se soumettre à un test d'ADN (par prélèvement de cheveux ou frottis de salive).

Le 4 décembre 2000, la Cour d'appel du Québec rejette le pourvoi sur le fond, mais accueille l'appel sans frais seulement pour permettre le retour du dossier à la Cour supérieure dans le but de préciser les modalités de l'ordonnance, c'est-à-dire, la désignation de l'expert, la date et le lieu de l'expertise et la confidentialité des résultats du test d'ADN. Le jugement de la majorité est rédigé par le juge Forget. Le juge Robert y souscrit entièrement. Le juge Proulx, quant à lui, est dissident. L'affaire est portée en appel devant la Cour suprême du Canada¹⁷.

Monsieur A.P. allègue que l'ordonnance viole son droit à l'intégrité¹⁸, que la demande est prématurée, que le degré de fiabilité du test doit être remis en question et qu'il accepterait de se soumettre au test s'il y avait un engagement de l'intimée à ne pas lui réclamer des aliments pour l'enfant¹⁹. La juge de première instance a écarté ces arguments²⁰ et a conclu que A.P. refusait sans motif valable de se soumettre au test.

La juge de première instance souligne la jurisprudence de la Cour d'appel à l'effet qu'on ne peut forcer une personne à se soumettre à un test sanguin, mais elle considère que « les progrès technologiques obligent les tribunaux à revoir cette façon de penser »²¹. Selon elle, il y a des nuances à faire sur le plan juridique à plusieurs niveaux : la meilleure fiabilité du test pour établir la filiation, la procédure moins invasive du test, l'excellent moyen de preuve dont on ne devrait plus se priver étant donné les intérêts en jeu. Selon la juge, le droit à

16. Cette requête a été déposée par l'intimée le 4 mai 1999. L'enfant a été mis en cause à la suggestion du juge, conformément à l'article 159 C.c.Q. et a déposé une déclaration d'intervention.

17. Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accueillie le 6 septembre 2001, dossier n° 28 352. Cette permission sera par la suite retirée lors d'une audience de justification, le 4 novembre 2002. Nous y reviendrons.

18. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 7.

19. *Id.*, par. 13.

20. *Id.*, par. 14.

21. *Droit de la famille* — 3453, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.), p. 2969-70, cité dans *A.P. c. L.D.*, *id.*, par. 16.

l'inviolabilité n'est pas absolu et doit être soupesé avec l'ordre public et le droit fondamental d'un enfant à l'établissement de sa filiation²². Elle cite Albert Mayrand à l'effet que « [l]a justice et la vérité valent bien une goutte de sang » et que, par analogie, « la paix judiciaire vaut bien quelques cheveux ou un peu de salive ». La majorité en Cour d'appel est en accord avec cette position.

Pourtant, ce n'est pas parce que la science permet des avancées qu'il faille à tout prix les intégrer dans le droit²³. Par ailleurs, il ne faut pas non plus nécessairement « boudier la science »²⁴. En matière de filiation, ce dilemme se pose en regard des tests scientifiques permettant d'établir avec une étonnante justesse le lien de filiation entre deux individus. Ou, pour reprendre ce que d'autres ont dit avant nous : « les analyses génétiques, plus que toutes les autres méthodes de recherche de la vérité, nous transposent dans un monde de valeurs jonché de conflits : [...] conflit vérité biologique — vérité affective — stabilité familiale — intérêt de l'enfant »²⁵.

De son côté, le récent *Projet de loi 50*²⁶, en vigueur depuis le 13 juin 2002, autorise l'ordonnance d'un test d'ADN. Il règle certaines questions liées à l'inviolabilité de la personne, telles que formulées dans *A.P. c. L.D.*²⁷. C'est d'ailleurs ce qui explique la décision de la Cour suprême du Canada de retirer la permission d'appel et de la déclarer sans effet, parce qu'elle « n'est plus d'importance générale ». L'adoption de l'article 535.1 C.c.Q. laisse cependant entière la question du conflit de valeurs dans ce domaine. Avant le *Projet de loi 50*²⁸, quelques

22. *Ibid.*

23. B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, L. BUSQUE, D. DESMARAIS, « L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1997), Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 329-346, p. 346. Voir aussi P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission : étude sur le principe généalogique en Occident*, Leçons IV, Paris, Fayard, 1985. Pierre Legendre propose au droit le regard de la psychanalyse pour éviter que la science ne devienne normative, ce qui n'est pas son rôle.

24. A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wainwright Lectures, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975.

25. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 61.

26. Précité, note 13.

27. Précité, note 12.

28. Précité, note 13.

décisions avaient démontré un malaise à ne pas pouvoir céder le pas à la vérité biologique dévoilée avec précision par les tests d'ADN. On peut penser que l'ajout de l'article 535.1 C.c.Q. par le *Projet de loi 50*²⁹ ne diminuera pas ce malaise.

Ainsi, les fondements de la filiation sont remis en question ou à tout le moins ébranlés. Où est l'équilibre? La recherche de la vérité biologique à tout prix ou la pondération entre cette dernière et la vérité sociale et affective? Une chose est certaine, la vérité biologique s'impose de plus en plus avec les tests d'ADN. Le droit aux origines impose-t-il l'utilisation du test pour accéder à la vérité biologique? Est-ce souhaitable au nom de l'intérêt de l'enfant³⁰? Si oui, les règles du *Code civil du Québec* en matière de filiation permettent-elles suffisamment la prise en compte de cet aspect?

Dans les deux premières parties de ce texte, nous nous pencherons sur les impacts de l'ordonnance d'un test d'ADN sur le droit à l'intégrité (I) et sur l'intérêt de l'enfant (II), tout en commentant l'affaire *A.P. c. L.D.*³¹. En troisième partie (III), nous aborderons l'effet du test d'ADN sur les fondements de la filiation, en illustrant notre propos à l'aide de la jurisprudence. Tout au long du texte, nous commenterons le récent *Projet de loi 50*³².

I. LE TEST D'ADN, LE DROIT À L'INVOLABILITÉ ET À LA VIE PRIVÉE

En reconnaissant qu'un tribunal peut forcer une personne à se soumettre à un test d'ADN, la Cour d'appel, dans un revirement jurisprudentiel, invoque l'évolution dans la méthode scientifique, devenue beaucoup moins invasive, ainsi que son excellent taux de fiabilité. Elle admet qu'une telle ordonnance constitue tout de même une atteinte, quoique minime, à l'invocabilité de la personne humaine qui refuse de s'y soumettre. Aussi, la Cour privilégie l'intérêt de

29. *Ibid.*

30. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 346 : « Il faut être conscient du pouvoir et du danger que représente l'utilisation de cette preuve et d'avancer avec prudence en ménageant les droits fondamentaux de l'enfant, son intérêt ainsi que sa sécurité, car avant tout, cet enfant vit en famille ».

31. Précité, note 12.

32. Précité, note 13.

l'enfant à connaître ses origines, en plaçant au second rang l'inviolabilité. Elle avait auparavant déjà diminué l'importance de l'inviolabilité dans les actions en matière de filiation, en considérant que le refus de se soumettre à un test pouvait mener à une inférence négative et donc être considéré comme un indice ou un adminicule permettant l'ouverture de la preuve testimoniale, et ce, en l'absence de texte législatif précis. Avant d'aborder l'effet de l'ordonnance sur le droit à l'inviolabilité (B et C), nous croyons utile de faire état de l'évolution scientifique des tests (A).

A. UN BREF REGARD SUR LE TEST D'ADN

Depuis le début du 20^e siècle, les tests sanguins permettent l'établissement de la filiation³³, mais les développements scientifiques en matière de génétique ont permis de faire un pas de géant dans ce domaine, de même que dans le contexte criminel³⁴. Les analyses génétiques permettent maintenant de résoudre ce que certaines ont appelé « l'énigme de l'identité »³⁵. La popularité du test d'ADN tient au fait qu'il est en général fiable, rapide, de moins en moins coûteux³⁶ et moins invasif³⁷.

33. Pour une analyse de l'expertise par le sang, voir J. HÉTU, « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) 5 *Revue juridique Thémis* 233-263. Voir aussi B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 332 et 333, C. PERRAULT, « L'utilisation du système HLA et des antigènes érythrocytaires dans les études de filiation », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau (1991)*, Cowansville, Yvon blais, 1991, p. 383.

34. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 77 et 78. Pour les aspects techniques de l'analyse génétique, voir les pages 61 à 66 et B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 333 à 339. Voir aussi S. COUTURE, « Test d'identité par l'ADN — éliminer l'incertitude », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 315 et « Le recours au test d'ADN en droit familial. Comment? Et Pourquoi? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1998)*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 411.

35. B.M. KNOPPERS et al., « Les tests génétiques à des fins d'identification », *id.*, p. 58.

36. Sur les coûts associés à la technique, voir plus particulièrement B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 339.

37. Pour une liste des avantages et inconvénients liés à l'identification génétiques, voir B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 67 à 69.

Parmi les avantages associés au test d'ADN, on peut mentionner qu'il peut être effectué à partir de diverses « sources d'échantillons »³⁸. Il peut être fait à partir d'un échantillon de sang, mais aussi de salive, de cheveux, de rognures d'ongles, d'urine, etc. Au surplus, de très petites quantités de ces sources sont requises pour l'effectuer³⁹. L'évolution de la technique fait en sorte qu'un prélèvement sanguin n'est plus nécessaire pour effectuer le test. Il est possible de le réaliser à partir d'une mèche de cheveux ou d'un frottis de salive, ce qui diminue l'intrusion ou le niveau d'atteinte au corps d'une personne.

Aussi, le perfectionnement scientifique a haussé considérablement le taux de fiabilité du test d'ADN. L'établissement de la filiation peut maintenant être assuré à un taux de 99,98 % et ce taux grimpe à 100 % en matière d'exclusion de la filiation⁴⁰.

Malgré le fait que le test présente de nombreux aspects positifs, il a aussi certaines limites. Par exemple, dans le déroulement du test, l'erreur humaine est possible, même si elle est réduite par l'informatisation⁴¹.

Pourtant, les tribunaux n'ont pas été très rigoureux sur ce point. Ils ont plutôt eu tendance à tenir pour acquis la fiabilité de la technique du seul fait de son existence⁴². Comme pour toute expertise, certains principes doivent guider leur

38. *Id.*, p. 67; B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 337.

39. B.M. KNOPPERS et al., « Les tests génétiques à des fins d'identification », *id.*, p. 67.

40. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 16. Pour plus de détails, voir B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23; B.M. KNOPPERS et al., *id.*, p. 57, plus particulièrement aux pages 59, 61 à 69 et 78. Voir aussi les pages 91 et suiv. pour la question de la force probante des expertises. Voir également A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, aux pages 486 et 487.

41. Pour plus de détails sur la technique et les risques qui y sont associés, voir B.M. KNOPPERS et al., « Les tests génétiques à des fins d'identification », *id.*, p. 68 et 69.

42. C'est du moins ce que rapporte le juge Forget dans A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 52, en référant à une analyse plus détaillée faite par C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 509. Par exemple, en première instance dans l'affaire A.P. c. L.D., « aucune preuve n'a été présentée sur la façon dont se déroulerait cette expertise [...] ». Voir aussi B.M. KNOPPERS et al., *id.*, p. 81.

admissibilité au risque de déconsidérer l'administration de la justice⁴³. Le juge Forget dans *A.P. c. L.D.* en est bien conscient. Rappelons que l'appel est accueilli pour permettre le retour du dossier à la Cour supérieure dans le but de préciser les modalités de l'ordonnance, c'est-à-dire, la désignation de l'expert, la date et le lieu de l'expertise et la confidentialité des résultats du test d'ADN. Le juge Forget cite les auteurs Hennau-Hublet et Knoppers sur cette question : « [...] Les tests d'ADN exigent donc une expertise méticuleuse et responsable ainsi qu'un protocole strict et complet »⁴⁴.

On peut donc se questionner sur la suffisance de normes ou de balises pour assurer la fiabilité du test. Comme l'ont exprimé des auteurs :

[t]rès peu de législateurs ont établi des règles spécifiques devant être suivies par les laboratoires, tant publics que privés. Devant ce vide juridique, plusieurs laboratoires ont adopté leur propre code d'éthique, inspiré souvent des recommandations d'associations scientifiques, pour assurer un service de qualité et établir leur réputation.⁴⁵

En 1994, elles ont dit : « [i]l apparaît [...] illusoire de penser que tous les laboratoires ou les experts scientifiques se conduiront, en absence de normes obligatoires, avec professionnalisme et bienveillance »⁴⁶. Puis, en 1997, elles précisaient qu'en l'absence de normes précises, une certaine qualité était toutefois possible⁴⁷. Reste donc à pouvoir identifier les entreprises offrant un service de qualité. Comme le

43. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 52. Voir D. FERLAND, B. EMERY et al., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (Art. 1 — 481.17 C.p.c.), 3^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 407 et suiv. Voir aussi B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 80.

44. *A.P. c. L.D.*, *id.*

45. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 68 à 70 : « On doit donc s'assurer que des normes préventives, des protocoles rigoureux et des contrôles de qualité sont respectés par tous les intervenants, que ce soit au niveau de la cueillette des échantillons, de l'identification des donneurs, de l'analyse proprement dite ou de l'interprétation des résultats. » Pour un bref survol des différentes interventions possibles, voir les pages 100 à 102.

46. *Id.*, p. 81.

47. Sur cette question, voir B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 23, p. 338.

suggèrent l'affaire *A.P. c. L.D.* et le nouvel article 535.1 C.c.Q.⁴⁸, le tribunal doit assumer un certain contrôle sur le choix de l'expert responsable de procéder au test. Par contre, est-ce un encadrement suffisant? Il faut y penser.

Un certain contrôle de cette technique est notamment important compte tenu de l'impact non négligeable de ce genre de test sur la vie privée, tant de l'individu que de la famille⁴⁹ et, comme nous le verrons dans la prochaine section, sur le droit fondamental à l'inviolabilité.

B. LA LÉGALITÉ DE L'ORDONNANCE D'UN TEST D'ADN

Le *Code civil du Québec*⁵⁰ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵¹ reconnaissent le droit à l'inviolabilité et à l'intégrité⁵². L'article 10 C.c.Q. prévoit que sans consentement libre et éclairé ou sans loi le permettant, on ne peut porter atteinte à l'inviolabilité et à l'intégrité d'une personne⁵³. Il faut mentionner qu'il existe deux écoles de pensée

48. Extrait de 535.1 C.c.Q., précité, note 13 : « Le tribunal fixe les conditions du prélèvement et de l'analyse de manière qu'elle porte le moins possible atteinte à l'intégrité de la personne qui y est soumise ou au respect de son corps. Ces conditions ont trait notamment à la nature et aux date et lieu du prélèvement, à l'identité de l'expert chargé du procédé et d'en faire l'analyse, à l'utilisation des échantillons prélevés et à la confidentialité des résultats de l'analyse. »

49. « Les test génétiques d'identification peuvent non seulement avoir un impact direct sur la stabilité familiale en s'immiscant dans l'intimité des familles, de l'enfant et surtout de la mère, mais ils peuvent également avoir des conséquences indirectes, compte tenu de leur pouvoir informatif, sur le terrain de l'adultère, de l'illégitimité ou encore des successions. » B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 104. Voir aussi P. BAHAMIN, « La génétique et la protection de la vie privée : confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée », (1995) 55 *R. du B.* 203. Dans son étude, l'auteur fait état de certains vides juridiques dont on devrait se méfier. Il suggère même l'encadrement de la génétique de façon plus spécifique.

50. Art. 3 et 10 C.c.Q.

51. L.R.Q., c. C-12, art. 1.

52. Nous utilisons dans ce texte indistinctement les notions d'intégrité et d'inviolabilité. Des distinctions peuvent être faites sur ces dernières. L'intégrité protège la personne contre elle-même, alors que l'inviolabilité la protège contre les tierces personnes. Voir C. BERNARD et D. SHELTON, *Les personnes et les familles*, t. 1, 2^e éd., Montréal, Adage, 1995, module 2, p. 6 et E. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 92 à 96.

53. Pour des exemples d'exceptions législatives spécifiques sur le droit à l'intégrité, voir notamment la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35 et en matière de garde en établissement, voir l'art. 27 C.c.Q.

sur le degré d'intrusion requis pour considérer l'atteinte à l'inviolabilité⁵⁴. Interprété largement, le droit à l'inviolabilité protège contre l'aspect physique, mais aussi moral d'une atteinte à la personne. Le droit à l'intégrité, quant à lui, protège la personne dans ses valeurs et convictions profondes⁵⁵.

Au Québec, avant l'adoption en juin 2002 de l'article 535.1 C.c.Q., aucune loi ne permettait d'imposer à une personne un test d'ADN. La situation est différente ailleurs au Canada où de telles législations existent depuis plus longtemps⁵⁶. Au Québec, des réformes législatives avaient été proposées par l'Office de révision du Code civil⁵⁷, mais, jusqu'en juin 2002, n'avaient jamais été adoptées, même en 1991 lors de l'adoption du nouveau Code civil, alors que le test d'ADN avait déjà fait ses preuves⁵⁸.

Dans *A.P. c. L.D.*, le juge Forget considère que forcer une personne à se soumettre à un test constitue une atteinte à son intégrité « puisqu'elle l'oblige à fournir une partie (si infime soit-elle) de son corps »⁵⁹. Le jugement fait une distinction entre la période précédant l'existence du test d'ADN⁶⁰ où un

54. Pour plus de détails, voir notamment B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 89. Voir aussi É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 52.

55. *Dufour c. Centre hospitalier Saint-Joseph de la Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.), voir aussi É. DELEURY et D. GOUBAU, *id.* et C. BERNARD et D. SHELTON, *op. cit.*, note 52, module 2, p. 6.

56. En Nouvelle-Écosse : *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 27, à l'Île-du-Prince-Édouard : *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 10, à Terre-Neuve : *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c. C-13, art. 8, au Yukon : *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, c. 22, art. 15, en Alberta : *Parentage and Maintenance Act*, S.A. 1990, c. P-0.7, art. 13, en Colombie-Britannique : B.C.Reg. 417/98 *Provincial Court (family) Rules*, rule 15, en Saskatchewan : *Children Law Act*, S.S. 1990-91, c. C-81, art. 48, au Manitoba : *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, c. F-29, art. 21, en Ontario : *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C-12, art. 10, au Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*, L.N.-B. 1980, c. C-2.1, art. 110. Voir aussi *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 25, plus particulièrement note 14 et *Droit de la famille — 1859*, [1993] R.D.F. 722 (C.A.), [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.), 2311 à 2314. Voir également l'analyse de droit comparé faite par A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, p. 500 et suiv.

57. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 110, art. 289 : « Le juge peut tirer une présomption de fait du refus injustifiable de se soumettre à un prélèvement sanguin ordonné en justice ».

58. *Droit de la famille — 206*, [1986] R.J.Q. 2038 (C.A.), 2042, [1986] R.D.F. 391 (C.A.), 394. *Droit de la famille — 1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.), 392.

59. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 34.

60. *Id.*, par. 22 à 24.

prélèvement sanguin était nécessaire pour effectuer le test et celle de la disponibilité du test d'ADN⁶¹ où l'atteinte à l'inviolabilité est diminuée par la possibilité de faire le test à partir de frottis salivaire ou de quelques cheveux⁶². Avant l'existence du test d'ADN, on ne pouvait forcer quelqu'un à se soumettre à un prélèvement sanguin⁶³. Par contre, une inférence négative pouvait être tirée du refus injustifié de s'y soumettre⁶⁴. Le juge admet tout de même que la jurisprudence majoritaire⁶⁵ est à l'effet que le droit à l'inviolabilité de la personne empêche d'ordonner à une personne de se soumettre à un test d'ADN en l'absence de consentement, donc même en présence de la nouvelle technique moins invasive⁶⁶. À bon droit, le juge adopte une définition large du droit à l'inviolabilité.

Comme on le verra plus loin, malgré la violation du droit à l'inviolabilité, l'ordonnance d'un test d'ADN est rendue possible en donnant préséance au droit de l'enfant de connaître ses origines⁶⁷. Le droit à l'inviolabilité est d'autant plus bafoué dans ce contexte, car la violation de l'ordonnance, en l'absence de disposition habilitante, entraîne l'outrage au tribunal⁶⁸.

61. *Id.*, par. 25 à 30.

62. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 89.

63. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 22, *Droit de la famille* — 206, précité, note 58. Dans cette affaire, la Cour d'appel a accueilli un appel d'une décision de la Cour supérieure qui avait donné droit à une requête pour ordonner un test d'ADN fondée sur l'article 414 C.p.c. Requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 27 octobre 1986, n° dossier : 19981. Ce principe a été réitéré dans *Droit de la famille* — 1059, précité, note 58 et *Droit de la famille* — 1859, précité, note 56.

64. *A.P. c. L.D.*, *id.*, par. 22. Nous en parlons plus en détails dans la section I.C.

65. Il faut toutefois noter que quelques décisions avaient dénoncé cette approche et certaines l'avaient même mise de côté pour ordonner un test d'ADN. Voir notamment *B.(Y) c. R.(D.)*, REJB 98-03657 (C.S.), aussi connu sous *Boivin c. Robert* et sous *Y.B. c. D.R. et al.* Pour d'autres références, voir *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 29, note 21.

66. *A.P. c. L.D.*, *id.*, par. 29. Voir aussi B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 87 à 91.

67. Section II. A.

68. On peut par ailleurs se questionner sur la validité du consentement, plus particulièrement sur la liberté de ce dernier qui pourrait être donné par crainte de l'outrage comme telle. La sanction associée à l'outrage a un impact direct sur la validité du consentement.

Avant *A.P. c. L.D.*⁶⁹, l'importance du principe de l'intégrité physique a déjà été diminuée par la reconnaissance d'une inférence négative dans le refus de se soumettre à un test pour établir la filiation, en l'absence de disposition habilitante.

C. LES CONSÉQUENCES ASSOCIÉES AU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN TEST D'ADN

La jurisprudence québécoise accepte majoritairement le principe selon lequel le tribunal peut tirer une inférence négative du refus injustifié de se soumettre à un test d'ADN sans législation le permettant⁷⁰. L'inférence négative est tirée du refus si les motifs qui le sous-tendent sont déraisonnables⁷¹. En d'autres termes, on considère que refuser de se soumettre au test, c'est avoir quelque chose à cacher.

Dans ces circonstances, le refus constitue un indice ou adminicule qui peut, conformément à l'article 533 C.c.Q., servir à l'admission de la preuve testimoniale⁷². Cependant, la preuve testimoniale ne peut être admise si le refus de se soumettre au test d'ADN est le seul indice⁷³. Malgré cette règle, la prise en considération du test en l'absence d'autres indices l'autorisant peut être critiquée⁷⁴.

69. Précité, note 12.

70. *Droit de la famille — 1059*, précité, note 58, 390 à 392; *Droit de la famille — 1859*, précité, note 56; *Droit de la famille — 2418*, [1996] R.D.F. 443 (C.A.).

71. *Droit de la famille — 1059*, *id.*, 391; *Droit de la famille — 1859*, *id.*, 2310.

72. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 24, *Droit de la famille — 2418*, précité, note 70, 447 et 448.

73. *A.P. c. L.D.*, *id.*, par. 24, *Droit de la famille — 2418*, *id.*, *Droit de la famille — 1059*, précité, note 58 où il y avait plusieurs indices graves. Voir aussi C. BERNARD et D. SHELTON, *op. cit.*, note 52, module 4, p. 8 et M. D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Québec, P.U.L. 2000, p. 165.

74. Voir par exemple, *Droit de la famille — 1859*, précité, note 56, p. 2307 où la Cour, sous la plume du juge Mailhot a considéré que le refus de se soumettre à l'expertise, jumelé à la ressemblance étaient des indices suffisants permettant l'admissibilité de la preuve testimoniale. Hors, en matière de filiation, la ressemblance ne doit pas en principe être utilisée seule pour admettre la preuve testimoniale. Le fait que la ressemblance ait été « frappante » a certainement joué, mais dans cette décision, le juge Vallerand avait tout de même des hésitations sur ce point et le juge Fish était dissident, voir p. 2318. Sur cette question, voir notamment *Droit de la famille — 1059*, précité, note 58, 389 et 390. Ainsi, admettre la preuve testimoniale sur la base de la ressemblance (même frappante), seul indice additionnel au refus de se soumettre au test, constitue d'autant plus une violation de l'intégrité de la personne. Pour un autre exemple, voir *Droit de la famille — 2192*, [1995] R.D.F. 196 (C.A.) où le refus de se soumettre à un test constitue le seul indice indiscutable. Voir notamment les motifs des

Sur la question de l'inférence négative tirée du refus injustifié de se soumettre à un test d'ADN, il n'y a pas unanimité⁷⁵. En effet, il est crucial de mentionner la dissidence du juge Proulx dans l'affaire *Droit de la famille — 1059* à laquelle nous opinons :

Dans le cas présent, il me semble que c'est faire peu de cas d'un droit aussi fondamental que de contraindre finalement la personne à renoncer à son droit et à se soumettre au test, vu le risque qu'elle encourt si elle s'y refuse.

Et s'il y avait, comme le soutenait Albert Mayrand, en 1975, une « logique d'interpréter contre le récalcitrant son refus de collaborer », il me semble que, en 1990, s'il y a un choix à faire entre la logique et le respect des droits individuels, ce n'est certes pas dans une situation comme le cas présent qu'une « société libre et démocratique » pencherait en faveur d'une interprétation susceptible de brimer les libertés individuelles.⁷⁶

juges Baudouin, p. 201 et Chamberland, p. 202 et 203, ce dernier étant dissident. Ces derniers insistent sur les conditions d'admissibilité de la preuve testimoniale. Comme le dicte l'article 533 C.c.Q., les indices doivent résulter de faits clairement établis et être assez graves. « Il est donc manifeste que le législateur a entendu placer la barre assez haut en exigeant deux conditions préalables [...] » (juge Baudouin). Les risques associés à cette façon de faire sont d'autant plus grands.

En effet, comme le soulignent des auteurs : « [l]es actions en filiation se jugent traditionnellement par prépondérance de preuve. Le résultat d'un test sanguin constitue donc souvent un des éléments de preuve (même si sa valeur probante est très élevée) que le juge doit étudier au même titre que la preuve documentaire et testimoniale pour déterminer la probabilité et la vraisemblance de la filiation [...] Un sentiment général ressort de l'analyse des jugements en matière de filiation : les juges trouvent souvent dans le test scientifique un motif convaincant appuyant leur décision. [...] les résultats du test de filiation [peuvent ainsi] dépasser] un certain taux de probabilité », voir B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 93.

75. Voir l'obiter du juge Monet dans *Droit de la famille — 206*, précité, note 58, 2041, la dissidence du juge Fish dans *Droit de la famille — 1859*, précité, note 56, plus particulièrement aux pages 2319 et suiv. et la décision de la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 2192*, précité, note 74. C'est probablement pour cela que le juge Robert parle de « consensus » dans *Droit de la famille — 2418*, précité, note 70, 447, 448.

76. *Droit de la famille — 1059*, précité, note 58, p. 392 et 393. Mentionnons l'étude de B. M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, qui affirme, aux pages 95 et 96, qu'en général, les tribunaux canadiens ont refusé de tirer une inférence négative lorsque le motif invoqué pour ne pas se soumettre au test était « l'exercice d'un droit fondamental ».

Par contre, comme l'exprime le juge Forget dans *A.P. c. L.D.*, malgré la violation de l'intégrité de la personne, la considération du refus de se soumettre au test comme une inférence négative s'est imposée et est maintenant tenue pour acquise⁷⁷.

Il est intéressant de mentionner que les législations canadiennes arrivent au même résultat. Mais elles sont d'abord intervenues pour permettre la violation du droit à l'intégrité. En effet, ces législations prévoient l'inférence négative comme sanction au défaut de se soumettre à l'ordonnance de subir un test pour établir la filiation⁷⁸.

L'adoption d'une nouvelle disposition dans le *Code civil du Québec* permet au tribunal d'ordonner un test d'ADN⁷⁹. Le refus injustifié de se soumettre à une telle ordonnance entraîne l'application d'une présomption négative comme seule et unique sanction. Ainsi, l'article 535.1 C.c.Q. codifie la jurisprudence antérieure à l'affaire *A.P. c. L.D.* Sur le plan de la protection du droit à l'inviolabilité, droit fondamental dans notre démocratie, cela doit être applaudi. D'autant plus qu'avant son adoption, la sanction au refus pouvait être double depuis l'affaire *A.P. c. L.D.*⁸⁰ : inférence négative et condamnation pour outrage au tribunal. En effet, on peut se demander si, tout comme on a oublié avec le temps que l'inférence négative violait le droit à l'intégrité, on en serait venu à oublier que l'ordonnance de soumettre une personne à un test sans son consentement, y portait aussi atteinte. Ne faut-il pas rappeler que ce droit fondamental à l'intégrité protège autant les personnes majeures que les enfants. C'est une chose dont on devra se rappeler dans l'application du nouvel art. 535.1 C.c.Q. L'ordonnance de soumettre une personne à un test d'ADN est une exception et en conséquence, doit être interprétée restrictivement, en mesurant toutes les conséquences qui peuvent en découler. Comme le principe de l'intérêt de l'enfant a justifié la violation du droit à l'intégrité, il est pertinent de s'y arrêter un peu plus en détail.

77. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 24.

78. Précité, note 56.

79. Précité, note 13.

80. Précité, note 12.

II. LE TEST D'ADN ET L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Comme on l'a mentionné, la Cour d'appel, dans *A.P. c. L.D.*⁸¹ donne préséance à l'intérêt de l'enfant, plus spécifiquement à son droit dit « fondamental » de connaître ses parents biologiques, pour justifier l'ordonnance de se soumettre au test d'ADN.

A. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT ET LE DROIT DE CONNAÎTRE SES ORIGINES

« L'enfant a-t-il un droit fondamental de connaître ses parents? » Le juge Forget pose cette importante question dans l'affaire *A.P. c. L.D.*⁸². Ce droit est reconnu à l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui se lit comme suit : « [...] L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. [...] »⁸³ Le juge considère que, bien que ce droit ne soit pas reconnu expressément dans la législation québécoise, il peut découler du principe général de l'intérêt de l'enfant prévu à l'article 33 C.c.Q.⁸⁴.

La Cour ne fait cependant pas une analyse poussée de ce qu'impliquent ce principe et cette atténuation. Elle se contente de dire que dans le contexte des faits de l'affaire *A.P. c. L.D.* et de façon plus générale, il est dans l'intérêt d'un enfant de voir sa filiation établie. Il aurait pourtant été utile d'analyser la portée de ce droit aux origines. Est-il protégé par les chartes⁸⁵? De la même manière, que signifie l'expression « dans la mesure du possible », à l'article 7 de la *Convention*, outre l'exemple évident de l'adoption mentionné dans la

81. *Ibid.*

82. *Id.*, par. 35.

83. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A/RES/44/25, Doc. off. AGNU c. 3, 44^e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989); R.T. Can. 1992 n. 3. (Nous soulignons.)

84. Pour plus de détails, voir *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 35 à 37.

85. Plus précisément par le droit à la sécurité et à la liberté de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44); ou par l'article 1 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, précité, note 51.

décision⁸⁶? La filiation doit-elle refléter à tout prix la vérité biologique⁸⁷? Finalement, comment réconcilier ce droit avec le principe fondamental de la protection de la cellule familiale contre toute ingérence illégitime des tiers⁸⁸, avec le droit à la vie privée et à l'inviolabilité?

Plutôt que de présenter une réflexion sur ces questions, le tribunal, sûrement guidé par les faits de la cause⁸⁹, tient en quelque sorte pour acquis qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de connaître ses parents « biologiques ». Il érige en droit fondamental le droit de connaître ses parents. En utilisant l'article 1 de la Charte canadienne et l'article 9.1 de la Charte québécoise⁹⁰, il passe alors à l'analyse de la pondération et « de la recherche de la solution la plus équitable en cas de conflit entre deux droits fondamentaux » : l'intérêt de l'enfant à connaître ses parents et le droit à l'inviolabilité de la personne qui refuse de se soumettre à un test d'ADN⁹¹. La Cour en vient à la conclusion que le premier doit prévaloir⁹². Cependant, « il ne saurait être question d'imposer un tel test à moins qu'une preuve *prima facie* n'établisse au préalable que le défendeur puisse être le père »⁹³.

La primauté accordée à l'intérêt de l'enfant est certes louable, mais surprenante dans le contexte d'alors, c'est-à-dire

86. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 38. Le tribunal mentionne qu'il est impossible de retrouver un parent sans le consentement des différents intéressés en matière d'adoption par exemple (voir les art. 583 et 584 C.c.Q.).

87. Pour A. OBADIA, « il faut se garder de revendiquer les tests d'ADN sous le couvert du droit aux origines, étant donné qu'il ne s'agit non seulement pas d'un droit absolu, mais qu'en plus, le droit aux origines ne réfère pas nécessairement à des origines biologiques. », *loc. cit.*, note 11, p. 518. Voir aussi É. DELEURY, *loc. cit.*, note 4, à la page 187.

88. « Faut-il rappeler qu'en vertu de l'interprétation de certains textes internationaux et constitutionnels, la famille forme une cellule sociale protégée contre toute ingérence illégitime des tiers? », B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 104.

89. Il s'agit d'une action en réclamation d'état où la filiation de l'enfant n'est établie par aucun autre mode de preuve.

90. Précité, note 85 et 51.

91. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 40.

92. *Id.*, par. 39.

93. *Id.*, par. 42. Mentionnons simplement au passage que le deuxième alinéa de l'article 535.1 C.c.Q. est au même effet : « [...] Toutefois, lorsque l'action vise à établir la filiation, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il y a commencement de preuve de la filiation établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves pour justifier l'ordonnance. » Nous reviendrons sur cette question.

l'inexistence d'une disposition habilitante permettant d'ordonner un tel test, mais aussi compte tenu de la prémisse contestable que le droit aux origines biologiques existe et doit nécessairement prévaloir. Comme nous le verrons dans la prochaine section, le juge dissident insiste, avec raison, sur ce point.

**B. L'ABSENCE DE LÉGISLATION PERMETTANT
D'ORDONNER UN TEST D'ADN :
INTÉRÊT DE L'ENFANT OU DROIT À L'INVIOLABILITÉ?**

Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour ordonner ou non un test d'ADN, que l'on pense, en plus de l'intérêt de l'enfant, à celui de la société ou de la justice, etc⁹⁴. Dans l'affaire *A.P. c. L.D.*⁹⁵, le tribunal analyse la question sous l'angle du conflit entre le droit à l'inviolabilité et le principe de l'intérêt de l'enfant. C'est précisément sur cette question que repose la principale critique que l'on peut faire à l'encontre de la décision de la Cour d'appel. Le juge Forget en est très conscient, car il mentionne dans son jugement : « L'absence de législation soulève, à mon avis, la difficulté la plus importante »⁹⁶.

La Cour fait état de deux thèses sur la question : celle du choix délibéré du législateur de ne pas permettre le test d'ADN et l'autre, faisant appel à la discrétion du tribunal d'agir en l'absence de législation spécifique⁹⁷. Cette dernière utilise le caractère flou du principe de l'intérêt de l'enfant de l'article 33 C.c.Q. et oppose le droit à l'intégrité de la personne à celui du droit de l'enfant de connaître ses parents inclus dans le principe du meilleur intérêt de l'enfant. Le juge Forget fonde l'exercice de la discrétion judiciaire dans ce contexte sur l'article 414 C.p.c.⁹⁸ et précise que « cet article

94. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 86 et 87.

95. Précité, note 12.

96. *Id.*, par. 43.

97. *Ibid.*

98. Cet article se lit comme suit :

Après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies :
1. ordonner une expertise par personne qualifiée, qu'il désigne, pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige; [...].

permet d'imposer des examens médicaux beaucoup plus envahissants que le test d'ADN »⁹⁹.

De plus, selon le tribunal, l'article 533 C.c.Q.¹⁰⁰, autorisant tous les moyens de preuve pour établir une filiation, ajoute à la thèse de la discrétion judiciaire : « [...] l'art. 533 C.c.Q. autorise, [...] tous les moyens de preuve; donc, les tribunaux doivent les permettre et les favoriser en autant qu'ils ne violent pas les droits fondamentaux et ne déconsidèrent pas l'administration de la justice (art. 2858 C.c.Q.) »¹⁰¹. Ainsi, le juge voit dans l'article 414 C.p.c. et dans les autres articles du *Code civil du Québec*, « une disposition habilitante implicite »¹⁰².

Le juge Proulx, qui, comme on le sait est dissident, ne croit pas « que, dans l'état actuel du droit [avant l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q.], un tribunal puisse ordonner au [prétendu] père [...] de se soumettre à un test d'ADN »¹⁰³. Il ne croit pas que le tribunal jouisse d'une discrétion pour faire prévaloir le droit de l'enfant de connaître ses parents sur le droit à l'intégrité d'une personne. Si le tribunal jouissait d'une telle discrétion, il n'hésiterait pas à reconnaître la préséance du droit de l'enfant¹⁰⁴, mais l'absence de législation constitue pour lui un « obstacle » juridique qui empêche de pouvoir faire prévaloir le droit de l'enfant sur le droit à l'inviolabilité de la personne¹⁰⁵. « Pour citer ce grand juriste qu'est Albert Mayrand, "le droit ne doit pas boudier la science dans la recherche de la vérité,"; encore faut-il que le droit ne crée pas d'obstacle dans la poursuite de cet objectif »¹⁰⁶. Il n'est pas d'accord avec le juge Forget à l'effet que la plus

99. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 47. Pour une opinion dans le même sens, voir C. BERNARD et C. CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois », dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 42, p. 353, aux pages 372 et 373.

100. L'art. 533 C.c.Q. se lit comme suit :

La preuve de la filiation pourra se faire par tous moyens. Toutefois, les témoignages ne sont admissibles que s'il y a commencement de preuve, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis sont assez graves pour en déterminer l'admission.

101. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 47. (Nous soulignons.) Voir également les par. 44 à 46.

102. *Id.*, par. 47.

103. *Id.*, par. 55.

104. *Id.*, par. 56 et 61.

105. *Id.*, par. 56.

106. *Ibid.* (Nous soulignons.)

grande difficulté consiste en l'absence de législation. « [A]vec égards, je suis plutôt d'avis que la loi contient une prohibition très claire et qu'en conséquence le jugement entrepris "viole la loi" »¹⁰⁷. Il fonde sa dissidence sur l'article 10 C.c.Q. qui prévoit que sans consentement et sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'autrui¹⁰⁸. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette position.

Pour rejeter la thèse de la discrétion judiciaire, le juge Proulx ajoute :

[s]'il était alors pertinent pour cette cour de souligner que, déjà en 1980, le législateur avait écarté les recommandations de l'Office de révision du Code civil, refusant ainsi de modifier la portée de l'article 19, et notamment les mots « sans y être autorisé par la loi », cela l'est encore et davantage en constatant le silence du législateur depuis l'adoption du *Code civil du Québec* [alors que la fiabilité des tests d'ADN était largement connue et] que, dans la plupart des autres provinces canadiennes, entre 1980 et 1990, une disposition spécifique de la loi ait été prévue pour autoriser ce type d'ordonnance.¹⁰⁹

De plus, il affirme ce qui suit :

[i]l me paraît que l'opinion du juge Forget devrait convaincre le législateur d'intervenir¹¹⁰ mais, pour l'instant, je ne crois pas que [...] la présence d'une large discrétion judiciaire conférée par l'article 33 C.c.Q. puisse par ailleurs passer outre à la prohibition prévue à l'article 10 C.c.Q. de ne pas porter atteinte à l'intégrité de la personne sauf dans les cas prévus par la loi. Avec respect pour l'opinion contraire, même s'il ne fait pas de doute que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir, il ne

107. *Id.*, par. 57.

108. *Id.*, par. 58.

109. *Id.*, par. 60.

110. La récente adoption du *Projet de loi 50*, précité, note 13, prévoyant une telle disposition démontre que le législateur a peut-être entendu l'appel. Après *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, le Comité de révision de la procédure civile avait recommandé l'ajout d'une disposition habilitante pour permettre l'ordonnance. Voir RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire. La révision de la procédure civile*, Juillet 2001, recommandation R.6 -18, p. 178. Par la suite, cette proposition a été intégrée au *Projet de loi 50* dans le cadre du *Code civil du Québec*, plutôt que du *Code de procédure civile*.

revient pas aux tribunaux de faire fonction de législateur et de contourner une prohibition de la loi.¹¹¹

En d'autres termes, la discrétion judiciaire existe, mais elle doit s'exercer dans la légalité, dans la limite de ce qui est prévu par la loi.

Quant à l'argument à l'effet que l'article 414 C.p.c. sert de fondement à l'intervention judiciaire, on doit rappeler que dans *Droit de la famille* — 206, la Cour d'appel l'avait écarté dans le contexte d'un prélèvement sanguin et avait fait primer le droit à l'inviolabilité¹¹². La mesure procédurale peut-elle exister sans le droit? En fait, ce n'est pas l'absence de véhicule procédural qui est en cause, mais bien l'absence d'assise juridique. On ne peut, du moins c'est ce que nous croyons, aller à l'encontre de la loi au nom de l'intérêt de l'enfant¹¹³.

Une autre conséquence de la position adoptée par la Cour d'appel laisse perplexe : la sanction applicable en cas de non-respect de l'ordonnance de se soumettre à un test, c'est-à-dire, l'outrage au tribunal. Cette dernière est très sévère compte tenu que la plupart des législations permettant l'ordonnance prévoient l'inférence négative comme sanction¹¹⁴.

Bien que la juge de première instance était consciente des conséquences importantes découlant d'un refus de se soumettre à l'ordonnance, c'est-à-dire, l'outrage au tribunal, pour reprendre les mots de la Cour d'appel :

[elle] se limite à référer à l'usage en semblable matière et aux règles de l'art. Par ailleurs, l'ordonnance ne précise ni le

111. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 61.

112. *Droit de la famille* — 206, précité, note 58, 396. Voir aussi D. FERLAND, B. EMERY et al., *op. cit.*, note 43, p. 519 à 521. Voir également A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, p. 498-499. Selon cette auteure, les dispositions du *Code de procédure civile* ne permettent pas aux tribunaux d'ordonner à une partie de se soumettre à un test d'ADN. Sur l'article 46 C.p.c., les auteurs D. FERLAND, B. EMERY, *id.*, affirment : « La règle de la suprématie de la loi continue de prévaloir, de sorte que ces pouvoirs inhérents des tribunaux et des juges ne peuvent être exercés aux fins de mettre de côté le droit applicable, de créer des droits nouveaux, ou de refuser de rendre jugement selon la loi », à la page 68.

113. Voir *B. (A.-S.) c. Quesnel*, REJB 2001-28015 (C.S.), où il est intéressant de noter que dans le contexte d'un litige en matière d'autorité parentale, la juge Pierrette Rayle a affirmé que l'article 33 C.c.Q. ne pouvait pas être attributif de droits, p. 5.

114. Précité, note 56.

moment, ni le lieu où le test devrait être effectué; elle ne désigne pas l'expert; elle ne comporte pas d'indication sur la confidentialité des résultats ni de restriction sur l'utilisation de l'échantillon.¹¹⁵

Aussi, connaissant les risques d'erreurs et de violation de la vie privée, la Cour d'appel affirme que la « preuve scientifique doit demeurer sous le contrôle du tribunal »¹¹⁶. En faisant référence à un article traitant de la fiabilité du test d'ADN¹¹⁷, elle précise :

[avec] le plus grand respect, je suis d'avis que l'ordonnance prononcée ne permet pas d'exercer un contrôle adéquat sur la façon dont le test sera administré et dont les résultats seront utilisés et conservés. Ainsi, la Cour d'appel accueille le pourvoi sans frais à la seule fin d'ordonner le retour du dossier à la Cour supérieure pour qu'on y précise les modalités de l'ordonnance relatives à la désignation de l'expert, à la date et au lieu où l'expertise sera tenue et à la confidentialité devant entourer les résultats du test d'ADN.¹¹⁸

Finalement, le juge fait allusion aux modifications apportées au *Code criminel*.¹¹⁹ par le législateur fédéral en ce qui a trait à la preuve par ADN, pour éviter la violation de droits fondamentaux : « Ces dispositions mettent en place un encadrement précis sur les autorisations requises, sur les modalités de prélèvement et sur l'utilisation de ces tests en matière criminelle »¹²⁰. A-t-on suffisamment pris de précautions en matière civile pour encadrer l'utilisation du test d'ADN?

Quoiqu'il en soit, nous partageons l'opinion du juge dissident. Un test d'ADN ne peut être fait sans consentement en l'absence de législation le permettant, car il s'agit d'une viola-

115. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 49.

116. *Id.*, par. 52.

117. *Ibid.*

118. *Id.*, par. 50, 53 et 54.

119. Art. 487.04 et suiv. C.cr.

120. A.P. c. L.D., précité, note 12, par. 51, voir aussi par. 28.

tion du droit à l'inviolabilité. Après *A.P. c. L.D.*¹²¹, bien qu'une décision ait ordonné un test¹²², une autre a fait preuve de plus de réserves¹²³. La récente intervention législative supporte aussi cette position.

Par ailleurs, le *Projet de loi 50*¹²⁴ règle une bonne partie des problèmes soulevés par l'affaire *A.P. c. L.D.*¹²⁵. Une disposition expresse autorise le test et prévoit comme sanction au refus, l'inférence négative, ce qui légalise l'ordonnance aux yeux du droit à l'intégrité. Aussi, le nouvel article 535.1 C.c.Q. prévoit les modalités de l'ordonnance pour qu'elle porte le moins possible atteinte au droit à l'intégrité et à la vie privée¹²⁶. Le troisième alinéa de l'article 535.1 C.c.Q. prévoit ce qui suit : « [...] Ces conditions ont trait, notamment, [...] à l'utilisation des échantillons prélevés et la confidentialité des résultats de l'analyse ». Il faudra donc appliquer cet article avec tout le discernement requis.

Finalement, l'obstacle juridique du droit à l'inviolabilité pour ordonner un test d'ADN étant maintenant levé par l'effet de l'article 535.1 C.c.Q., la définition et la portée du

121. *Id.*

122. *C.(F.) c. L.(R.)*, REJB 2001-23447 (C.S.).

123. Voir notamment *J.-M.F. c. C.J.R.*, [2001] R.D.F. 757 (C.S.), AZ-50100598, J.E. 2001-1800 où le juge Blanchet du District de Rimouski affirme au paragraphe 1 du jugement : « Malgré deux récentes décisions récentes de la Cour d'appel, la question soulevée par la requête du demandeur demeure fort controversée [...] », (nous soulignons). Notons que cette décision fait une excellente chronologie de la jurisprudence en matière de test d'ADN. Dans cette cause, une requête pour ordonner un test d'ADN fondée sur l'article 414 C.p.c. est présentée par le demandeur dans le cadre d'une action en désaveu qu'il a intentée en novembre 1999 pour repousser la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. L'enfant est né dans les 300 jours de la dissolution du mariage par le divorce des parties et le père a eu connaissance de cette naissance en mai 1999. L'acte de naissance indique que le père est inconnu. Le test serait utilisé dans le but de repousser la paternité, ce qui n'est pas nécessairement souhaitable selon le principe que l'enfant a intérêt à voir sa filiation établie. La défenderesse allègue pour elle-même et son enfant ses droits à l'inviolabilité et à la vie privée, de même que l'incapacité de l'enfant à consentir pour refuser de se soumettre au test. Pourtant, elle prétend que le demandeur est bel et bien le père biologique de l'enfant.

124. Précité, note 13.

125. Précité, note 12.

126. Sur ce point, voir les quelques réserves suggérées par P. BAHAMIN, *loc. cit.*, note 49.

droit de l'enfant à ses origines demeurent des éléments importants. La portée de ce droit aux origines, que le juge de la Cour d'appel qualifie de « fondamental », pourrait avoir des conséquences importantes sur tout le droit de la filiation¹²⁷. La Cour suprême ayant retiré la permission d'appel dans l'affaire *A.P. c. L.D.*, la question ne trouvera pas réponse immédiate. Bien que la Cour suprême avait raison de retirer la permission d'appel sur la question du droit à l'inviolabilité, car depuis l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q., l'affaire n'était plus d'intérêt général, il aurait été intéressant d'entendre la Cour sur cette question du droit aux origines.

Au delà des problèmes concernant le droit à l'inviolabilité soulevés par l'affaire *A.P. c. L.D.*¹²⁸, les tests d'ADN entraînent un questionnement sur les fondements du droit de la filiation. Nous en traiterons dans la prochaine partie.

III. L'IMPACT DU TEST D'ADN SUR LES FONDEMENTS DU DROIT DE LA FILIATION

L'établissement de règles en matière de filiation est une opération complexe, surtout dans le contexte des mutations familiales que l'on connaît depuis la seconde moitié du 20^e siècle. À l'instar des nouvelles techniques de reproduction, l'existence du test d'ADN nous force à réfléchir sur cette question. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous traiterons brièvement de la question des fondements actuels du droit de la filiation (A). Par la suite, nous aborderons la remise en question de ces fondements par la jurisprudence, provoquée par l'attrait des tests d'ADN en matière d'établissement judiciaire de la filiation (B).

127. Contentons-nous de référer à nos commentaires en introduction et d'ajouter ici que si un tel droit aux origines biologiques existe, il pourrait remettre en cause non seulement les règles de la filiation par le sang et de l'adoption, mais aussi la confidentialité en matière de procréation assistée, prévue à l'article 542 C.c.Q. Nous ne ferons toutefois pas cette analyse dans le cadre de la présente étude.

128. Précité, note 12.

A. LES FONDEMENTS ACTUELS

Qu'est-ce que la famille¹²⁹? Qu'est-ce que la filiation¹³⁰?
Qu'est-ce que la parenté¹³¹? Qu'est-ce que la parentalité¹³²?
Autant de questions, autant de conceptions ou définitions qui,

129. Comme mentionné, la famille a connu de nombreux bouleversements. Notamment, l'affaire *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 nous a bien démontré que la famille n'existait plus au singulier, mais plutôt au pluriel. Voir aussi A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, p. 486.

130. Pour certains, la filiation est directement liée à la procréation, voir J. PINEAU, *Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*. *La famille, Traité élémentaire de droit civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 193. Pour d'autres, on peut la définir comme étant « le lien juridique entre parent et enfant », voir C. BERNARD et C. CHOQUETTE, *loc. cit.*, note 99, p. 354. Voir aussi M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 73, p. 139 et suiv. Sans se tromper, on peut ici aussi affirmer, tout comme on l'a fait pour la famille, que la filiation a plus d'un visage. Pensons à la filiation adoptive, à celle établie à la suite de l'utilisation des procréations médicalement assistées et à la distinction aujourd'hui disparue entre filiation légitime et naturelle. Ajoutons les réalités liées aux différents types d'unions de fait, soit hétérosexuelles, soit homosexuelles et aux modifications apportées par le *Projet de loi 84*, précité, note 9. J. PINEAU précise que « [p]our déterminer les caractères généraux de la filiation, il faut tenir compte de deux sortes de facteurs : des facteurs de stabilité et d'uniformité, et des facteurs d'évolution et de diversité. », *id.* É. DELEURY, *loc. cit.*, note 4, aux pages 183 et 184, exprime ce qui suit sur cette notion :

Dans toute société, écrit Janine Noël, la filiation se réfère à trois axes, dont deux seulement sont nécessaires à la reconnaissance culturelle des familles et à l'établissement des liens de parentalité et de filiation : la filiation biologique, c'est-à-dire de la procréation et de la continuité chromosomique; la filiation instituée, celle qui est définie par la loi, qui établit les conditions juridiques de la parenté; enfin, la filiation narcissique, qui pour sa part relève de l'ordre de l'imaginaire. Or, c'est précisément autour de cette dimension symbolique que se construit notre identité. (Nous soulignons.)

Comme l'exprime P. LEGENDRE, *op. cit.*, note 23 : « La fonction juridique consiste à nouer le biologique, le social et l'inconscient. [...] Instituer la vie n'est rien d'autre que tirer de cela les effets de normativité, à travers lesquels se jouent les grands enjeux généalogique, c'est-à-dire la problématique du lien dans l'humanité. [...] Si les questions sont impossibles, impossibles sont aussi les réponses ». (Nous soulignons.) La science ne pourrait donc pas les apporter comme objet de vérité.

131. Voir J. PINEAU, *id.*, p. 191. Aussi, comme le mentionne les auteurs M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 73, p. 137 :

[L]a filiation et la parenté découlent normalement toutes deux de la procréation. Mais alors que la procréation est une simple donnée biologique, la filiation, elle, constitue une notion juridique et comporte nombre d'effets destinés à assurer et à faciliter aussi bien cette perpétuation sociale et la « reproduction » de la famille et, sur une échelle plus vaste, de la société dans laquelle cette famille est intégrée par le transfert non seulement des biens, mais également des valeurs non matérielles.

132. Cette question est d'actualité avec la reconnaissance de « l'homoparentalité » en droit civil québécois depuis l'adoption du *Projet de loi 84, Loi instituant*

du reste, sont en constante évolution. C'est peut-être ce qui explique le silence du législateur québécois à cet égard.

Il existe deux grands modèles de filiation en Occident : le système germanique, qui repose sur la descendance et où le lien de sang est le seul fondement et celui de tradition romaniste, qui a pour finalité la vérité biologique, mais qui tient compte d'autres intérêts et valeurs¹³³. Dans ce dernier modèle, comme l'affirme G. Cornu : « le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, de sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe [...] »¹³⁴.

Au Québec, le droit de la filiation par le sang¹³⁵ s'apparente davantage au modèle romaniste. Si ses règles recherchent l'établissement de la vérité biologique, elles imposent aussi des limites à cette recherche pour prendre en compte la vérité sociale et affective. On y accorde une place accrue à la vérité biologique, sans pour autant en négliger une autre, la vérité sociale et affective. On peut généralement affirmer que la réforme du droit de la filiation de 1980, qui a reconnu l'égalité entre tous les enfants¹³⁶, a diminué l'importance du

l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, précité, note 9. Voir les art. 115, 538.3, 555 et 578.1 C.c.Q. Pour une analyse critique de ces nouvelles dispositions, voir B. MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 75.

133. À titre illustratif, l'Allemagne représente bien le premier alors que les droits belge et français reposent sur le second modèle. Voir A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, p. 496 et 497 et Marie-T. MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes? », dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 42, p. 397, aux pp. 399 et suiv.

134. G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 3^e édition, Paris, Montchrestien, 1993, p. 266 à 270, plus particulièrement à la page 270.

135. Nous limitons l'analyse aux règles générales de la filiation par le sang. La question de l'équilibre entre vérité biologique et vérité affective est aussi et plus que jamais pertinente, dans le contexte de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée et de l'adoption, depuis l'entrée en vigueur du *Projet de loi 84*, précité, note 9, qui permet l'homoparentalité. Nous ne faisons pas cette analyse ici.

136. Plus particulièrement lors de cette réforme où on a aboli la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle et où, conformément à l'article 522 C.c.Q., tous les enfants sont égaux. Voir J. PINEAU, *op. cit.*, note 130, p. 193 et suiv. Il faut toutefois mentionner que des distinctions existent encore entre les enfants issus du mariage et ceux issus de parents unis de fait. À ce sujet, voir les commentaires fort pertinents de B. MOORE, *loc. cit.*, note 132 et également, *loc. cit.*, note 11.

mariage dans l'établissement de la filiation. Ceci est confirmé par la réforme de 2002¹³⁷. Par ce fait même, les réformes ont mis encore plus en avant l'importance de la réalité biologique dans l'établissement de la filiation par le sang, sans pour autant faire disparaître l'élément social et affectif de cette dernière¹³⁸.

En effet, on le constate en regardant brièvement les modes de preuve non judiciaires de la filiation¹³⁹. Ainsi, tant l'acte de naissance¹⁴⁰, la possession d'état¹⁴¹, la présomption

137. *Projet de loi 84*, précité, note 9. Par ailleurs, un paradoxe s'ajoute en permettant que l'établissement de la filiation d'un enfant, lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, soit réglé par les mêmes règles s'appliquant en matière de procréation médicalement assistée. Voir l'art. 538.2 C.c.Q. Voir également les critiques formulées par le barreau québécois dans BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec. Projet de loi 84 (2002) Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, op. cit., note 2, p. 6 à 8 et B. MOORE, loc. cit., note 132, plus particulièrement aux p. 86 à 90.

138. Voir M. D.-CASTELLI, D. GOUBAU, op. cit., note 73, p. 141. J. PINEAU, op. cit., note 130, p. 195. Voir aussi A. OBADIA, loc. cit., note 11, p. 486 et M. PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159.

139. Pour une analyse plus approfondie et un résumé des règles de droit civil québécois en matière de filiation, voir C. BERNARD, C. CHOQUETTE, loc. cit., note 99, et A. OBADIA, loc. cit., note 11, p. 494 à 496. Sur l'absence de définition de la notion de filiation dans le *Code civil du Québec*, ces dernières précisent, à la p. 488. : « [c'est] l'étude des [articles dans leur ensemble] qui permettra de dégager cette définition ». Voir aussi C. BERNARD, C. CHOQUETTE, id., p. 354.

140. En effet, l'article 523 C.c.Q. précise que : « La filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant ». Au Québec, la vérité biologique de la maternité a toujours été recherchée, car l'accouchement permet de dresser le constat de naissance, art. 111 C.c.Q. : « L'accoucheur dresse le constat de la naissance. Le constat énonce les lieu, date et heure de la naissance, le sexe de l'enfant, de même que le nom et le domicile de la mère. » Il faut toutefois reconnaître, comme le font remarquer les auteurs CASTELLI, GOUBAU, op. cit., note 73, p. 146 et 147 que l'accouchement ne signifie pas toujours réalité génétique dans le contexte où les gamètes d'une autre femme auraient été utilisés pour concevoir l'enfant. Voir aussi C. BERNARD, C. CHOQUETTE, id., p. 356. Par contre, on ne peut pas dire la même chose de la paternité, puisque c'est dans la déclaration de naissance qu'on la précise, art. 113 C.c.Q. : « La déclaration de naissance de l'enfant est faite au directeur de l'état civil, dans les trente jours, par les père et mère ou l'un d'eux. Elle est faite devant un témoin qui la signe. Selon que l'enfant soit né pendant le mariage de ses parents ou non, les règles d'établissement de la paternité varient. Dans la première situation, un des deux parents peut faire la déclaration pour l'autre. Dans le dernier cas, chaque parent doit faire la déclaration à son égard, art. 114 C.c.Q. La paternité peut donc représenter la vérité biologique, mais elle peut aussi résulter d'une réalité socio-affective, de la volonté, voir CASTELLI, GOUBAU, id., p. 139 et 140.

141. Si la filiation ne peut être établie par l'acte de naissance, qui est sans contredit la meilleure preuve, elle peut l'être par la possession constante d'état,

de paternité¹⁴², que la reconnaissance volontaire¹⁴³ permettent la prise en compte de la vérité, mais aussi de la volonté, dans l'établissement de la filiation.

De plus, à l'instar de l'établissement de la filiation par les modes de preuve extrajudiciaires, l'établissement judiciaire de la filiation ne se fait pas toujours au nom de la vérité biologique. En effet, les articles 530 et 531 C.c.Q. prévoient que la contestation et la réclamation d'état sont impossibles lorsque la filiation est établie par une possession d'état conforme à l'acte de naissance. La seule exception reconnue à cette règle autrement absolue est dans le cas plutôt rare de la substitution d'enfant¹⁴⁴. Aussi, dans certains cas, la prescription de l'action en réclamation ou en contestation d'état empêchera la prise en compte du test d'ADN¹⁴⁵. Par conséquent, dans ces situations, le test d'ADN ne pourrait mettre en péril la filiation déjà établie, même s'il démontrait avec certitude que cette dernière ne correspond pas à la vérité biologique. Ces règles ont été conçues avec comme objectifs la stabilité du lien de filiation et l'intérêt de l'enfant. Nous

conformément à l'article 523 C.c.Q. Son établissement repose sur des faits, à savoir que le parent agit comme si l'enfant était le sien et son entourage le considère comme tel. Voir l'art. 524 C.c.Q. En principe, les probabilités font en sorte que la personne qui s'occupe de l'enfant est probablement celle qui y est biologiquement liée. Mais, comme la possession d'état repose sur la volonté, elle peut donc exister sans lien biologique. Comme la loi n'établit pas de durée précise pour l'établir, la jurisprudence reconnaît qu'une durée suffisante peut être de 16 à 24 mois, *Droit de la famille* — 737, [1990] R.J.Q. 85 (C.A.). Le profil génétique de l'enfant n'est pas considéré pour l'établir, voir *Droit de la famille* — 989, précité, note 1, p. 1354. Bref, la possession d'état ne mène pas à tout prix à la vérité biologique, bien qu'elle l'a favorise.

142. Lorsque l'enfant naît pendant le mariage ou l'union civile de personnes de sexe différent ou dans les 300 jours de sa dissolution ou annulation, la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. permet tout autant l'établissement d'une filiation conforme à la réalité biologique (si l'on pense à l'obligation de fidélité des art. 392 et 521.6 C.c.Q.) que celle plus près d'une réalité sociale.

143. Finalement, la reconnaissance volontaire est un mode subsidiaire de preuve prévu aux articles 526 à 529 C.c.Q. Elle servira à établir la filiation lorsqu'aucun autre mode ne l'aura fait. Elle résulte davantage de la volonté.

144. CASTELLI et GOUBAU, *op. cit.*, note 73, p. 158. Voir aussi B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 82.

145. En général, les actions relatives à la filiation se prescrivent par 30 ans, conformément à l'article 536 C.c.Q., sauf l'action en désaveu et celle en contestation de paternité pour repousser l'application de la présomption de paternité qui doivent être entreprises dans un délai d'un an de la naissance ou de sa connaissance, conformément à l'article 531 C.c.Q.

verrons que ces objectifs sont parfois remis en question¹⁴⁶. Mais avant, il importe de préciser que la jurisprudence majoritaire favorise encore, en matière de filiation par le sang, la recherche de l'équilibre entre vérité biologique et vérité sociologique, dictée par le Code actuel¹⁴⁷.

En effet, avant l'affaire *A.P. c. L.D.* et depuis les années 1980, certaines décisions de la Cour supérieure avaient tenté de faire valoir l'idée qu'on puisse imposer un test, mais elles s'étaient toujours fait remettre à l'ordre par la Cour d'appel¹⁴⁸. L'affaire *A.P. c. L.D.* n'a pas été reçue sans réserves. En effet, le juge Gilles Blanchet en exprime certaines dans une décision rendue le 14 septembre 2001, notamment celle du moment de la présentation d'une requête pour ordonner un test d'ADN¹⁴⁹ lorsque « [s]elon les circonstances de chaque espèce, la science et le droit risqueront de déboucher sur deux "réalités" différentes et irréconciliables ».

Il ajoute aussi :

Jusque là, et plus que jamais aujourd'hui, la jurisprudence majoritaire des tribunaux du Québec favorise le rejet de la requête, plutôt que son maintien, si l'on considère que l'arrêt divisé de la Cour d'appel sur le jugement Rayle est maintenant devant la Cour suprême et que la Cour d'appel elle-même, quelques jours seulement après cet arrêt, a jugé prématurée une requête pour test d'ADN soumise avant audition du recours principal sur le fond.¹⁵⁰

Mentionnons aussi qu'il a été souligné avec raison que l'administration de la justice et le souci d'éviter de long et coûteux

146. Section III. B.

147. A. OBADIA, *loc. cit.*, note 11, p. 521.

148. L'affaire *Droit de la famille* — 206, précité, note 58, en est un exemple. Voir aussi *Boivin c. Robert*, précité, note 65.

149. *J.-M.F. c. C.J.R.*, précité, note 123, par. 23 à 32, plus particulièrement au par. 30. Voir aussi *A.L.R. c. M.C.D.*, [2001] R.D.F. 17 (C.A.), J.E. 2001-162 (C.A.), aussi répertorié sous *R.(A.) c. D.(M.)*, REJB 2000-21743 (C.A.) et sous *R.(A.) c. D.(M.)*, REJB 2000-21743 (C.A.) et la décision *S.L. c. D.C.*, AZ-50080339, REJB 2000-23613, J.E. 2001-403, (C.S.).

150. *J.-M.F. c. C.J.R.*, précité, note 123, par. 34

procès¹⁵¹ n'étaient pas des arguments valables contre le droit à l'inviolabilité et la possibilité que la preuve puisse démontrer la filiation par un mode non judiciaire¹⁵².

En ce sens, à la suite de l'affaire *A.P. c. L.D.*¹⁵³, nous constatons le développement d'une pratique jurisprudentielle consistant à réserver le droit de présenter une requête pour ordonner un test d'ADN au moment de l'audition au fond, plutôt que de rendre un jugement dès que la requête est présentée¹⁵⁴. On peut en saluer la prudence. Cette pratique démontre bien l'impossibilité d'admettre à tout prix cette preuve biologique dans le système de droit actuel.

D'ailleurs, la Cour d'appel a exprimé des réticences à appliquer le test d'ADN aveuglément. Le 13 décembre 2000, elle a rendu une décision dans l'affaire *A.L.R. c. M.C.D.*, quelques jours après *A.P. c. L.D.* La Cour a accueilli l'appel d'un jugement de la Cour supérieure ayant ordonné à l'appelante

151. Il est intéressant d'ajouter quelques remarques sur la précision du test et l'intérêt économique de l'état :

L'extrême précision du test favorise donc le dénouement rapide des litiges, puisqu'il arrivera fréquemment qu'une poursuite soit abandonnée lorsque confrontée à une preuve d'ADN non favorable. Il en résulte alors une économie de temps et d'argent pour les parties et le gouvernement.

Dans les pays où des programmes sociaux viennent en aide aux enfants démunis, les incitatifs gouvernementaux pour établir la filiation de ces enfants sont particulièrement élevés, puisqu'ils permettent de désigner un répondant financier, autre que l'État, pour ces enfants. Cela explique sans doute pourquoi la majorité des actions en filiation sont intentées par des agences gouvernementales, directement ou indirectement, au nom de la mère, *B.M. KNOPPERS et al., loc. cit.*, note 7, p. 68, 78 et 79.

L'intérêt économique de l'État peut donc servir d'argument pour maintenir la relation filiale dans le but de fournir un pourvoyeur alimentaire. L'État a d'ailleurs un intérêt financier certain sur ce plan, *A. OBADIA, loc. cit.*, note 11, p. 487. Cet aspect fait certainement partie de l'intérêt de l'enfant, mais quelle est son importance réelle dans l'analyse globale de ce principe?

152. *S.L. c. D.C.*, précité, note 149, par. 8 à 10. Dans ce dossier où deux hommes réclament la paternité à l'égard d'un enfant, il n'est pas impossible que la preuve démontre que la filiation est établie par une possession d'état. Il sera éventuellement pertinent de se demander quel est le meilleur intérêt de l'enfant avant d'ordonner un tel test, puisque l'enfant aurait déjà un lien affectif très fort avec l'un d'eux.

153. Précité, note 12.

154. Cette approche a été privilégiée notamment dans *J.-M.F. c. C.J.R.*, précité, note 123, par. 35, *S.L. c. D.C.*, précité, note 149, par. 11, *A.L.R. c. M.C.D.*, précité, note 149.

et à l'enfant de se soumettre à un test d'ADN dans le cadre d'une action en désaveu¹⁵⁵. La Cour d'appel, s'exprimant par la voix des juges Brossard, Rousseau-Houle et Pelletier fait référence à l'affaire *A.P. c. L.D.*, mais précise que le principe de l'intérêt de l'enfant implique « qu'il y ait non seulement une hiérarchie entre les différents moyens de preuve mais aussi des présomptions irréfragables de paternité » et que le test génétique demeure un « moyen de preuve exceptionnel » et que pour ces motifs, l'ordonnance rendue par le juge de première instance est « prématurée »¹⁵⁶. Le juge Forget dans *A.P. c. L.D.* accepte cette balise lorsqu'il précise la nécessité d'une preuve *prima facie* de la filiation avant d'ordonner un test¹⁵⁷.

À cet égard, le *Projet de loi 50* prévoit qu'une preuve *prima facie* de filiation doit exister avant de procéder à l'ordonnance d'un test dans le cadre d'une action en réclamation d'état¹⁵⁸. Cette règle respecte l'article 533 C.c.Q. Même si ce dernier prévoit que la filiation peut se prouver par tous moyens, ceci n'implique pas pour autant l'admission systématique de la preuve par test d'ADN. Il doit y avoir un commencement de preuve ou suffisamment d'indices pour la permettre. Pourtant, à titre d'exemple, la décision *C.(F.) c. L.(R.)*¹⁵⁹ a considéré que l'admission de relations sexuelles à

155. *A.L.R. c. M.C.D.*, *id.* Dans cette affaire, l'enfant est né pendant le mariage en 1997. Les parties se sont épousées en Roumanie en 1996, ce qui explique que le père est arrivé au Canada à la fin de l'hiver 1998 après l'obtention d'un statut d'immigrant. L'action a été intentée en mars 1999. Le nom de l'intimé est sur l'acte de naissance de l'enfant comme père. Ajoutons que ce jugement est intervenu sur une requête verbale de l'intimé à la suite d'une question du juge à savoir si des tests avaient été effectués et sans tenir compte des objections et représentations du procureur de l'appelante. Il faut aussi dire que les faits étaient passablement différents de ceux dans *A.P. c. L.D.*, précité, note 12. Ils mettaient en cause l'application de la prescription annale prévue au deuxième alinéa de l'article 531 C.c.Q. En effet, comme l'enfant est né pendant le mariage des parties, la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. trouvait application et dans ces circonstances, l'intimé avait un an de la naissance ou de la connaissance de la naissance pour intenter son action en désaveu. Pour un commentaire sur cette décision, voir *J.-M.F. c. C.J.R.*, *id.*, par. 20 à 23.

156. *A.L.R. c. M.C.D.*, *id.*, par. 10.

157. *A.P. c. L.D.*, précité, note 12, par. 42. Voir Section II. A.

158. Sur ce point, les commentaires du Barreau du Québec ont été suivis. En effet, le projet de loi initial ne contenait pas cette mention. Pour plus de détails, voir *Commentaires du Barreau du Québec sur la Loi modifiant le Code civil* (P.L. 50), Novembre 2001, p. 4 à 8, plus particulièrement à la page 6.

159. Précité, note 122.

l'époque probable de la conception constituait une preuve *prima facie* d'un possible lien de filiation. Sur cette seule base, le tribunal a ordonné le test. Cette décision montre bien l'effet très puissant des tests d'ADN. Lorsqu'ils ont été effectués, il devient très difficile pour les tribunaux de résister à les utiliser. Les tribunaux doivent être vigilants lorsqu'ils ont à juger ce genre de demande pour ne pas donner au test d'ADN plus de poids que les règles en place ne le permettent. Mais, en général, dans l'état actuel du droit, la jurisprudence semble consciente des limites à ne pas dépasser dans l'utilisation du test d'ADN, compte tenu du choix législatif de ne pas accorder toute la place à la vérité biologique.

Malgré l'existence de ces règles et de la jurisprudence majoritaire en respectant l'esprit, on peut se demander pour combien de temps encore tout cela va tenir. Une certaine jurisprudence résiste à appliquer la règle de droit telle qu'elle est énoncée, lorsqu'elle a pour effet d'empêcher la reconnaissance de la vérité biologique. A.P. c. L.D. en est un bon exemple sur le plan du droit à l'inviolabilité, mais il y en a d'autres qui portent plus précisément sur les règles en matière de filiation. À cet égard, il est incontestable que l'avènement du test d'ADN pour inclure ou exclure la filiation biologique entre deux individus y est pour quelque chose. Dans la prochaine section, nous analysons certaines des décisions illustrant cette résistance.

B. LA REMISE EN QUESTION

Le recours au test d'ADN n'est pas une mauvaise chose en soi et est devenu de toute façon incontournable. Mais faut-il pour autant l'utiliser aveuglément, juste au nom de la vérité biologique, comme cela s'est produit dans certaines décisions? Michel Tétrault parle avec raison d'un paradoxe : «[d]oit-on privilégier la stabilité des familles (c'est-à-dire de la filiation) ou la réalité biologique?[...]»¹⁶⁰.

En reconnaissant explicitement la possibilité d'ordonner un test d'ADN, le *Projet de loi 50* continue la lancée de

160. *Droit de la famille : Aspects juridiques et déontologiques*, op. cit., note 14, p. 326.

l'importance de la vérité biologique en droit de la filiation au Québec. Comme aucune réflexion sur les fondements des règles actuelles de la filiation ne l'a précédé, on peut se demander si une réflexion à cet égard ne doit pas suivre. L'analyse d'un certain malaise que laisse entrevoir la jurisprudence nous porte à le croire¹⁶¹.

D'abord, la présomption irréfragable de l'article 530 C.c.Q. touche la limite du test d'ADN. Comme l'affirme à raison la juge Picard dans *J.-P.B. c. M.P.* : « [m]ême la preuve d'ADN ne permet pas de détruire cette filiation »¹⁶² ainsi établie par acte de naissance et possession d'état conforme. La décision *Droit de la famille — 3544*¹⁶³ a posé le même dilemme. Dans cette affaire, les parties se sont mariées en 1978, ont eu deux enfants, dont C.K., né en 1986. On présume des faits relatés que l'appelant figure sur l'acte de naissance à titre de père de C.K.¹⁶⁴. Après le divorce prononcé en février 1997, l'appelant a obtenu la garde des enfants. Ce n'est qu'à la fin de 1998, pour pouvoir reprendre la garde des enfants que l'intimée informe l'appelant qu'il n'est pas le père de C.K. Après avoir obtenu les résultats du test d'ADN confirmant cette information, l'action en contestation d'état est intentée par l'appelant. Avec raison, le juge de première instance rejette l'action en alléguant la présomption irréfragable de l'article 530 C.c.Q. et la prescription annale du deuxième alinéa de l'article 531 C.c.Q. pour réfuter la présomption de paternité. La Cour d'appel confirme à bon droit ce jugement en rejetant l'appel. Consciente des conséquences du résultat sur l'intérêt de l'enfant et des limites d'exercice de son action, la Cour ajoute cependant le commentaire suivant : « [l]e présent débat est juridique. Il n'appartient pas à la Cour de se

161. *Contra* : B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 84 : « À cet égard, il apparaît donc très peu probable que l'avènement des tests d'ADN en matière de filiation change quoi que ce soit aux restrictions actuelles, puisque la qualité de la preuve n'est nullement considérée en tant que telle, et qu'elle est par ailleurs souvent assujettie à une ordonnance du tribunal. ».

162. *J.-P.B. c. M.P.*, AZ-50086951 (C.S.), B.E. 2001 BE-599, par. 5.

163. *Droit de la famille — 3544*, C.A. Québec, 200-09-002766-993, 2000-02-22, AZ-50069848, J.E. 2000-508, aussi connu sous *M.G. c. M.D.* ou sous *G.(M.) c. D.(M.)*, REJB 2000-16656.

164. Le jugement a omis ce détail, mais comme il applique l'article 530 C.c.Q., on le présume.

pencher sur les raisons sociales qui peuvent militer pour ou contre le contenu des articles 530 et 531 C.c.Q. » Cela laisse peut-être entendre que le temps est venu de réfléchir sur les raisons sociales qui ont justifié l'établissement de ces règles?

En poursuivant, revenons sur la décision de première instance dans l'affaire *A.L.R. c. M.C.D.*¹⁶⁵. Rappelons que cette décision soulevait l'application de la prescription annale du deuxième alinéa de l'article 531 C.c.Q. La présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. trouvait application, car l'enfant était né pendant le mariage des parties. En l'occurrence, l'intimé avait donc un an de la connaissance de la naissance, c'est-à-dire jusqu'en février ou mars 1998 pour intenter son action en désaveu. L'action ayant été intentée en mars 1999, il aurait probablement été plus sage de procéder à l'analyse de la prescription du recours avant d'ordonner le test pour éviter d'avoir à écarter son résultat dans l'éventualité d'une prescription acquise. Heureusement, comme on le sait, cette décision a été renversée en appel. Mais il reste que la décision de la Cour supérieure était à tout le moins problématique compte tenu de l'actuel article 530 C.c.Q. qui empêche de modifier une filiation établie par l'acte de naissance et la possession d'état conforme à ce titre.

Un autre jugement, intervenu dans *Droit de la famille — 2530*¹⁶⁶, démontre une fois de plus le malaise face aux règles en place empêchant l'atteinte de la vérité biologique. Dans cette cause, le demandeur intente une action en désaveu pour repousser l'application de la présomption de paternité à son égard, tout comme dans la décision précédente. L'enfant dont la filiation est contestée est né en 1991, pendant le mariage du demandeur avec la mère de l'enfant. Le nom du demandeur est inscrit comme étant le père sur l'acte de naissance. Pendant une querelle, à l'hiver 1994, la défenderesse apprend au demandeur qu'il n'est pas le père de l'enfant. En mai 1995, des tests d'ADN indiquent à 0 % les probabilités de sa paternité. Depuis, il a cessé de voir l'enfant âgé de trois ans et

165. Précité, note 149.

166. *Droit de la famille — 2530*, [1996] R.J.Q. 913 (C.S.). Ce jugement a été critiqué avec raison en obiter, dans une autre décision de la Cour d'appel, voir *Droit de la famille — 3544*, précité, note 163. Voir aussi M. PROVOST, *loc. cit.*, note 14, p. 4,009 à 4,013.

demie. Dans le dossier, selon notre compréhension de l'état actuel du droit, il y a donc conformité de la possession d'état à l'acte de naissance, en plus de la prescription du délai d'un an pour prendre action. Pourtant, le juge accueille la demande. Il est inconfortable avec le fait que la possession d'état repose sur un mensonge. Il écarte donc la règle de l'article 530 C.c.Q. en donnant préséance à l'action en désaveu, telle qu'interprétée dans l'ancien Code. Quant au problème de prescription, il le règle en appliquant la notion de « possession d'état involontaire » et en faisant courir le délai d'un an à partir « du résultat du test d'ADN », c'est-à-dire en mai 1995 : « l'action n'était pas tardive, le mari a été tenu longtemps dans l'ignorance, la possession d'état était involontaire et il était dans l'impossibilité en fait d'agir selon l'article 2904 C.c.Q. »¹⁶⁷.

L'introduction, dans la jurisprudence, de la notion de possession d'état involontaire rend perplexe¹⁶⁸. Elle ne respecte certainement pas la règle actuelle de la prescription. De plus, elle illustre la tentation de faire régner la vérité biologique à tout prix, possiblement au détriment de l'intérêt de l'enfant, du moins tel qu'il doit être pris en compte dans le système actuel favorisant la stabilité du lien de filiation.

Ce jugement qui a été à bon droit critiqué pour son interprétation erronée ou pour la distorsion des règles de fond qu'il a effectuée, pose tout de même de façon très pertinente tout le dilemme du choix à faire entre vérité biologique et vérité sociologique. Pour reprendre les mots du juge Bellavance :

[q]uelle serait ici la valeur réelle d'un jugement qui obligerait un père à s'occuper d'un enfant qu'il a chéri en le croyant le sien, mais qu'il ne voit plus depuis qu'il connaît la vérité par une certitude scientifique?

Qu'est-ce que l'enfant gagnera par un tel jugement, qui risque probablement de l'empêcher de rechercher lui-même plus tard, ou par sa mère, un lien juridique avec son père biologique toujours vivant, ce lien pouvant inclure la même pension alimentaire de quelque 33 \$ par semaine ou, à défaut, qui peut être fournie par les deniers publics?

167. *Droit de la famille* — 2530, *id.*, p. 2989 à 2992.

168. Pour un commentaire sur cette décision, voir M. PROVOST, *loc. cit.*, note 14, par. 50-090.

Le Tribunal ne peut quand même pas rendre une injonction pour forcer le père juridique à voir l'enfant et donner à ce dernier une famille qui n'existe plus.¹⁶⁹

En effet, si la personne détenant la possession d'état décroche et cesse de voir l'enfant à la suite de la connaissance du mensonge, le maintien de cette relation est-il dans l'intérêt de l'enfant? De toute façon, peut-on vraiment socialement forcer cette relation, même si juridiquement on peut le faire?

Par ailleurs, la question de la durée requise pour établir la constance d'une possession d'état est aussi importante dans ce débat. Peut-être les tribunaux ont-ils conclu trop rapidement à la conformité de la possession d'état au titre dans le passé. Souvenons-nous notamment de l'affaire *Droit de la famille — 737*¹⁷⁰. Aux yeux de la majorité, un court délai pour constituer la possession d'état est dans l'intérêt de l'enfant qui a ainsi plus de chance de voir sa filiation établie¹⁷¹. Cette question est aussi discutée dans *Droit de la famille — 989*¹⁷². Dans cette décision, la juge LeBel applique la présomption irréfragable de l'article 530 C.c.Q. et repousse donc la vérité biologique :

La lecture de l'ensemble des dispositions [...] du C.c.Q. portant sur la filiation amène inévitablement à la conclusion que le

169. *Droit de la famille — 2530*, précité, note 166, p. 2989.

170. *Droit de la famille — 737*, précité, note 141. Dans cette affaire, il a été décidé en première instance que l'enfant avait une possession d'état conforme à son acte de naissance, d'au moins 16 et d'au plus 24 mois. D.M. est donc le père de l'enfant aux yeux du droit. Dans ces circonstances, le juge n'a pas considéré la preuve scientifique de filiation qui établissait la paternité de K.S., appelant, à l'égard de l'enfant. Il faut aussi noter que K.S. savait que l'enfant était le sien et il a vu l'enfant régulièrement depuis la naissance. La Cour d'appel a majoritairement rejeté l'appel. Le juge Rothman était dissident.

171. Au nom de la majorité, le juge Richard s'exprime comme suit : « Il m'apparaît qu'une possession d'état conforme d'une durée de tout au moins 16 mois et possiblement 24, est suffisamment longue pour rencontrer les exigences de la loi et satisfaire à la nécessaire stabilité des filiations dans notre droit et dans notre société, même au risque possible, parfois, d'une erreur quant à la vérité biologique. », *id.*, à la page 86.

172. Précité, note 1. Dans cette décision, les faits sont similaires à l'affaire *Droit de la famille — 737*, *id.* La possession d'état de 22 mois est conforme au titre et établit la paternité de A.L. à l'égard de l'enfant. L.R. est pourtant le père biologique et il le sait. Un test de paternité le confirme. Il a même des contacts avec l'enfant. Il est marié et père d'enfants majeurs à l'époque et donc, aux yeux de la majorité des gens, A.L. est le père. Ce n'est que plus tard que la mère et L.R. commencent à faire vie commune et que la vérité est révélée.

législateur a refusé d'ériger en système un principe selon lequel seule compterait la « vérité biologique ». Très certainement, l'acte de l'état civil n'est pas conforme à la vérité biologique lorsqu'un enfant est adopté. Il n'appartient pas au Tribunal d'amender le Code civil pour faire triompher la vérité biologique à tout prix [...].¹⁷³

Par ailleurs, dans le contexte actuel où la vérité biologique semble prendre plus d'importance, le juge dissident avait peut-être raison d'être réticent à reconnaître une possession d'état après seulement 16 ou 24 mois, compte tenu plus particulièrement des faits de l'espèce¹⁷⁴. Il serait intéressant de voir cette question considérée à nouveau par les tribunaux supérieurs. Par contre, il faut dire que même si les tribunaux se montraient plus prudents avant de conclure à la constance de la possession d'état, le problème soulevé par les deux autres décisions resterait entier dans les cas où la conformité de la possession d'état au titre serait démontrée.

Au surplus, la question du contrôle par le tribunal de l'utilisation des tests d'ADN mérite d'être posée si les règles actuelles demeurent en place. Le législateur québécois reste silencieux à ce sujet, y compris dans le *Projet de loi 50*.

D'une part, le recours à un test d'ADN à l'extérieur du système judiciaire mène parfois à des résultats paradoxaux. À titre d'exemple, mentionnons l'affaire *J.-P.B. c. M.P.*¹⁷⁵, où un test d'ADN réalisé avant les procédures avait révélé que le demandeur n'était pas le père de l'enfant. Or, son nom

173. *Droit de la famille* — 989, précité, note 1, p. 1358.

174. Pour le juge Rothman, dissident, dans *Droit de la famille* — 737, précité, note 141, p. 90 et 91, les faits ne démontrent pas la conformité de la possession d'état au titre :

Family stability and family values remain important, but what genuine family values could possibly be protected in this case by preventing appellant from proving he is the biological father of the child who has been living with him as his son for five years? What values are served by preventing him from establishing the reality of his relationship with the child? I see none. [...]

Voir aussi *Droit de la famille* — 989, précité, note 1, où L.R., le père biologique demandait au tribunal « de repenser la notion de possession d'état pour la rendre plus conforme à la réalité contemporaine. Il y aurait ainsi lieu d'accorder une importance accrue à la réalité biologique telle que révélée par les tests génétiques. », à la p. 1353.

175. *J.-P.B. c. M.P.*, précité, note 162.

figurait sur l'acte de naissance à titre de père et une possession d'état d'une durée de 10 ans était conforme à ce titre. Ceci empêchait donc toute modification à l'acte de naissance, même de consentement entre les parties, étant donné l'article 530 C.c.Q. Dans ces circonstances, l'intérêt de l'enfant était-il bien servi par l'effet de cette disposition? Sur cette question, il est notoire que certains pays, notamment la France, n'envisagent les tests que sous le contrôle du tribunal :

Afin d'avoir un certain contrôle sur les tests d'ADN ainsi que sur ceux qui les exécutent, et pour assurer que le test soit fait dans le meilleur intérêt de l'enfant ou, du moins, qu'il ne lui soit pas néfaste, certains pays exercent un contrôle exclusif sur les tests de filiation en les déclarant inadmissibles en Cour s'ils n'ont pas été ordonnés préalablement par le tribunal.¹⁷⁶

D'autre part, une fois le doute installé dans l'esprit d'une personne quant à son lien de filiation avec un enfant, avoir ou non recours au test change-t-il quoi que ce soit? Comment l'intérêt de l'enfant est-il le mieux servi?

La disponibilité du test d'ADN ne rend-elle pas, dans certaines circonstances, le droit incongru? Il faut y réfléchir vu la place grandissante du test d'ADN dans un système qui ne favorise pas à tout prix la vérité biologique.

Sans avoir la prétention d'avoir fait le tour de ces questions extrêmement délicates, certaines avenues méritent d'être considérées. Par exemple, la constance de la possession d'état doit-elle être plus difficile à établir en exigeant un délai plus long? De la même manière, doit-elle, lorsqu'elle est jointe à l'acte de naissance, devenir un empêchement absolu à un changement de filiation?

De plus, on peut se demander si l'argument de la paix dans les familles, qui a souvent été utilisé pour favoriser le lien juridique, parfois au détriment de la vérité biologique¹⁷⁷, tient toujours? Certains affirment qu'il faut faire attention à la discrimination que peuvent engendrer ces tests et à la valorisation de « la vérité biologique au détriment souvent de la

176. Voir B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 84.

177. Par exemple *Droit de la famille* — 737, précité, note 141, *Droit de la famille* — 989, précité, note 1.

paix familiale et des intérêts affectifs de l'enfant »¹⁷⁸. Au contraire, le juge Bellavance dans *Droit de la famille* — 2530 apporte sur ce point une réflexion contemporaine. Cet argument n'a plus autant de force aujourd'hui étant donné l'évolution des réalités familiales et la présence très importante des familles recomposées. Pour lui, cacher la vérité n'est plus nécessaire, les stigmates associés à ces réalités ayant à peu près disparus :

La société insiste aujourd'hui plus sur l'inculcation de valeurs morales et le bien-être physique, affectif, etc. que sur la protection de l'honneur des familles, une notion qui a parfois condamné des êtres humains à vivre dans le placard toute leur vie et à se sentir coupables.¹⁷⁹

Comme l'affirme très justement Michel Tétrault,

[l]e débat de société reste à faire; la stabilité des familles, qui le sont de moins en moins, les quelques situations où il y a des recours entrepris pour « revoir » la paternité, l'intérêt de l'enfant sont autant de dilemmes qui ne sont pas résolus, compte tenu des nouvelles réalités sociales et des développements technologiques en matière de filiation.¹⁸⁰

Finalement, ce débat devra nécessairement tenir compte de l'analyse du droit aux origines mis en avant dans l'affaire *A.P. c. L.D.*¹⁸¹

CONCLUSION

L'ordonnance d'un test d'ADN en l'absence de disposition habilitante explicite a été critiquée dans ce texte. Il n'est toutefois pas complètement étonnant de constater, après quelques

178. B.M. KNOPPERS et al., *loc. cit.*, note 7, p. 98 et 104.

179. *Droit de la famille* — 2530, précité, note 166, plus particulièrement aux pages 2989 à 2991. Voir aussi M. PROVOST, *loc. cit.*, note 14, p. 4,010 (50-090) qui s'exprime comme suit : « l'argument social de ne pas troubler la paix des familles souligné par Migneault à la fin du siècle dernier [19^e], ne peut être invoqué pour aller à l'encontre de la vérité biologique ».

180. *Droit de la famille. Aspects juridiques et déontologiques*, *op. cit.*, note 14, p. 329.

181. Précité, note 12. Pour plus de détails, voir Section II.

tentatives ratées devant la Cour supérieure, que le droit à l'inviolabilité a cédé le pas à la recherche de la vérité au nom de l'intérêt de l'enfant. Depuis quelques années déjà, le refus de se soumettre à une expertise s'était déjà imposé, sans toutefois faire l'unanimité (dissidence du juge Proulx).

En ordonnant à une personne de se soumettre à un test d'ADN en l'absence de disposition législative le permettant, la Cour d'appel est allée encore plus loin que la majorité des provinces canadiennes. Pourtant, ces dernières avaient légiféré pour permettre l'atteinte à l'intégrité et préoyaient que le défaut de se soumettre à une ordonnance de subir le test entraînait une inférence négative. Paradoxalement, la jurisprudence québécoise admettait déjà cette sanction en l'absence de texte explicite l'y autorisant. En décidant ainsi, la Cour d'appel ajoutait à cette sanction celle de l'outrage au tribunal, qui est inappropriée dans le contexte, puisqu'elle n'apporte rien de nouveau sur le plan de l'établissement de la filiation, si ce n'est qu'un plus grand nombre de personnes accepteront peut-être de s'y soumettre pour ne pas s'exposer à l'outrage.

Heureusement, le *Projet de loi 50*¹⁸² s'aligne sur les législations canadiennes existantes et vient réparer cet accroc au droit à l'inviolabilité. Une question demeure sur le plan des droits de la personne, le droit à la vie privée est-il suffisamment protégé dans l'état actuel du droit?

D'autre part, pour reprendre les mots de Mayrand : « la justice et la vérité valent bien une goutte de sang », mais encore faut-il voir l'impact de cette dernière sur les fondements du droit de la filiation. Serait-ce la goutte qui fait déborder le vase? Le test d'ADN constitue un outil puissant qui donne accès à la vérité biologique en matière de filiation, mais doit-on permettre l'accès systématique à cette vérité biologique?

Une réflexion s'impose sur les fondements du droit de la filiation à la lumière de la place importante qu'occupent les tests d'ADN. Il importe donc de se questionner sur ce qu'on entend par filiation et pourquoi il faut ou non en revoir les

182. Précité, note 13.

règles¹⁸³. Cette réflexion doit nécessairement intégrer l'étude du droit aux origines. C'est une question complexe, remplie de dilemmes et de paradoxes. Elle mérite l'attention des juristes, mais aussi d'autres disciplines vu ses implications sociologiques et psychologiques. Ce serait un dossier idéal pour tirer profit de la création de l'Institut québécois de réforme du droit¹⁸⁴.

Michelle Giroux
Faculté de droit, Section de droit civil
Université d'Ottawa
57, rue Louis-Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800, poste 3243
Télec. : (613) 562-5121
Courriel : mgiroux@uottawa.ca

183. En ce sens, il pourrait peut-être être éclairant d'observer les récentes réformes, notamment en France et en Belgique. Pour la réforme française, voir F. DEKEWER DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Doc. fr., 1999. Pour la réforme belge, voir notamment M.-T. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 133.

184. Cette suggestion a été faite dans le contexte plus large d'une critique des modifications législatives à la pièce, surtout lorsqu'elle touche au Code civil, par Me Francis Gervais du Barreau du Québec lors des consultations en Commission parlementaire sur le *Projet de loi 50*, précité, note 13, voir les débats du 27/03/02 à 9h30.