

Les tensions entre la nature et le droit ; vers un droit de la filiation génétiquement déterminé ?

Anne-Marie Savard

Volume 43, Number 1, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1020838ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1020838ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Savard, A.-M. (2013). Les tensions entre la nature et le droit ; vers un droit de la filiation génétiquement déterminé ? *Revue générale de droit*, 43(1), 5–48.
<https://doi.org/10.7202/1020838ar>

Article abstract

In the aftermath of a reform in Quebec's Family Law in 1980, the author demonstrates the increasing relevance of blood samples and biological tools in Civil Law. They are especially useful in matters of filiation whether it be concerning its establishment or its contestation. In fact, while the provisions of the *Civil Code of Lower Canada* neglected to consider biological elements, this article analyzes the evolution of the law and its eventual submission to the science and indisputable truths provided by genetics. As such, the author goes beyond a legislative, jurisprudential and doctrinal analysis of the state of the law by evaluating its normative functions with respect to factual realities.

ARTICLES

Les tensions entre la nature et le droit; vers un droit de la filiation génétiquement déterminé?

ANNE-MARIE SAVARD*

RÉSUMÉ

À la suite de la réforme du droit de la famille de 1980, l'auteure démontre comment les concepts de sang, de nature et de vérité biologique ont acquis une importance croissante au sein du droit civil de la filiation au Québec, tant en matière de contestation qu'en réclamation de la filiation. En effet, alors qu'en vertu du Code civil du Bas Canada, l'élément biologique ne possédait pas de valeur en soi, celle-ci dépendant de sa reprise par le Juridique, l'article met en relief la manière dont une partie du droit de la filiation s'est peu à peu soumise à la vérité brute de la chair et des gènes. Ainsi, au-delà d'une analyse du discours législatif,

ABSTRACT

In the aftermath of a reform in Quebec's Family Law in 1980, the author demonstrates the increasing relevance of blood samples and biological tools in Civil Law. They are especially useful in matters of filiation whether it be concerning its establishment or its contestation. In fact, while the provisions of the Civil Code of Lower Canada neglected to consider biological elements, this article analyzes the evolution of the law and its eventual submission to the science and indisputable truths provided by genetics. As such, the author goes beyond a legislative, jurisprudential and doctrinal analysis of the state of the law by evaluating

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

jurisprudentiel et doctrinal, c'est la fonction normative du droit face à la réalité des faits que l'auteure interroge.

its normative functions with respect to factual realities.

Mots-clés : *Filiation, biologie, génétique, ADN, contestation d'état, réclamation d'état, force normative du droit.*

Key-words : *Filiation, biology, genetics, DNA, contestation of status, claim of status, normative force of the law.*

SOMMAIRE

Introduction.....	6
1. La contestation d'état ou la fragilisation du lien filial non biologique	12
A) L'interprétation judiciaire du délai d'un an pour contester une paternité présumée; une vraie limite face à la vérité biologique?.....	14
B) Le concept de possession d'état conforme à l'acte de naissance; réalité sociologique ou présomption de lien biologique?	16
2. La réclamation d'état ou la détermination de la filiation par la génétique	27
A) La preuve testimoniale ou par expertise sanguine; des limites à une corrélation « biojuridique » directe.....	28
B) La preuve par expertise génétique; l'affranchissement de toute limite à l'équivalence entre ADN et filiation	32
Conclusion	43

INTRODUCTION

La nature et le sang font historiquement partie des éléments constitutifs de la définition de la filiation au sein de la tradition juridique de droit civil, plus précisément depuis l'époque médiévale. En effet, contrairement au droit romain

où tout n'était qu'artificialité, au Moyen Âge, sous le poids de l'Église et des modèles qu'elle proposait, une importance fondamentale a commencé à être accordée au sang et à la chair, jusque dans les montages en matière de filiation¹. Toutefois, le lien biologique entre un enfant et un parent n'a jamais eu de valeur « en soi » aux yeux du droit. C'est traditionnellement par sa *reprise* par le Juridique, notamment au moyen de présomptions ou de fictions, que ce lien *naturel* acquérait son importance et surtout sa légitimité. Certes, à l'époque du *Code civil du Bas Canada*², les moyens scientifiques pour contester ou établir un lien biologique entre un homme et un enfant étaient beaucoup moins perfectionnés que ceux d'aujourd'hui³. Cependant, les motifs pour lesquels le droit accordait une importance nuancée au lien du sang étaient loin d'être exclusivement liés au manque de ressources scientifiques ou à leur inefficacité. En effet, le modèle de la filiation mis en place par le C.c.B.C., dont la présomption de paternité constituait la poutre maîtresse, était destiné à servir des intérêts autant collectifs qu'individuels. La présomption de paternité, faisant du mari de la femme qui accouche un père⁴, constituait la charpente non seulement de la famille, mais de la société toute entière, en maintenant l'ordre et la paix sociale au Bas-Canada. À ce sujet, il est intéressant de lire les propos suivants des auteurs de Lorimier et

1. Voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 257 et suiv.

2. 1865, c. 41 (ci-après « C.c.B.C. »).

3. Les tests sanguins, qui permettent d'exclure la paternité (mais non de l'établir) de manière statistiquement significative, existent cependant depuis le début du XX^e siècle. Voir Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 486 et 487. Pour une étude détaillée sur l'expertise sanguine, voir Jean HÉTU, « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) 5 *R.J.T.* 233.

4. En réalité, l'article 218 C.c.B.C. établissait plus qu'une présomption de paternité, mais constituait plutôt une véritable attribution légale de la paternité; il se lisait comme suit : « L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari ». À cet égard, nous partageons le point de vue de l'auteur français Roger Decottignies, qui écrivait en 1950 que « [la] loi ne présume pas que le mari est le père de l'enfant, elle décide; elle décide que l'enfant a pour père le mari; elle attribue à ce dernier la paternité ». Voir Roger DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 61. Il est utile de se rappeler qu'en 1951, les naissances dans le mariage constituaient 97 % de toutes les naissances au Québec, alors qu'en 1966, ce pourcentage était encore de 94,2 %. Voir J. HÉTU, préc., note 3.

Vilbon, datant de 1885, reprenant à leur compte une citation française au sujet de la présomption de paternité :

Il ne faut jamais perdre de vue que, comme le disait d'Aguesseau, lors de l'arrêt de 1693, la maxime : *is pater est quem nuptiæ demonstrant*, est le fondement le plus solide de la société civile; qu'on ne peut pas s'en écarter légèrement, sans l'ébranler; et que les arguments les plus vraisemblables ne sont pas toujours invincibles.⁵

Ce modèle juridique avait un besoin « vital » de *institution* pour maintenir l'ordre et la paix sociale et n'aurait pu produire ses effets dans un monde où la « vérité toute nue » se déployait. Comme l'exprime très bien Catherine Labrusse-Riou, « il semble que le sens du lien biologique *résidait moins dans sa vérité matérielle que dans sa source présumée*, à savoir le lien conjugal et la volonté implicite des époux de tenir pour leurs les enfants mis au monde par l'épouse »⁶. D'ailleurs, le lien entre un parent et un enfant qui n'était « que » biologique, c'est-à-dire non investi de la dimension institutionnelle, celle de la présomption de paternité, était confiné à la sphère *extrajuridique*, en quelque sorte. Ce lien n'était pas « vrai » juridiquement, tout au plus était-il *naturel*, ne faisant naître qu'une obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant, mais ne créant pas de lien filial entre

5. Charles Chamilly DE LORIMIER et Charles Albert VILBON, *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, Montréal, Cadieux et Derome, Libraires-éditeurs, 1885, p. 337. Plus loin, à la page 393, l'auteur cite Cochin, qui considère la présomption de paternité comme le « fondement inébranlable de l'état des hommes », le « lien le plus sacré de la société ». Dans le même sens, voir aussi Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 68, qui évoque l'ordre public pour justifier cette présomption; Pierre RAYNAUD, « La contestation de la paternité légitime par d'autres que le mari dans les jurisprudences québécoise et française », (1966) 44 *R. du B. can.* 465, 466 et 467; Renée JOYAL-POUPART, « Vérité juridique v. vérité biologique », (1973) 8 *R.J.T.* 155, 157; André ROUAST, « Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime », (1940-1941) 39 *RTDciv.* 223, 241 et 242; Marie PRATTE, « La présomption de paternité : complice ou rivale de l'acte de naissance », (1986) 17 *R.G.D.* 685, 687 et suiv.

6. Notons que l'auteure discute ici du droit français de la filiation précédant la réforme de 1972, qui peut toutefois se comparer, sous plusieurs aspects, au droit québécois antérieur à la réforme du droit de la famille de 1980; nous y reviendrons. Catherine LABRUSSE-RIOU, « La filiation en mal d'institution », (1996) 227 *Esprit* 91, 97 (nos italiques).

eux⁷. Le seul lien empreint de « vérité » était celui qu'on appelait la « filiation légitime ». Aussi, au-delà de la connotation « discriminatoire » qu'arborait cette expression, créant un clivage entre les différentes catégories d'enfants, sa réelle signification n'est cependant pas anodine. En effet, selon le *Petit Larousse*, est *légitime* ce « qui est consacré, reconnu, admis par la loi »⁸. Or, la filiation dite « légitime » signifiait, en définitive, que l'élément biologique « en lui-même » n'était pas reconnu par le droit. Pour posséder une valeur et produire des effets substantiels, cet élément devait en plus être estampillé du sceau juridique, c'est-à-dire du mariage des parents. C'est ce lien qui comptait et non la vérité brute de la chair.

En bref, sous l'empire du C.c.B.C., la réalité construite par le droit ne constituait pas le calque de la réalité biologique. Ce qu'il importe de reconnaître ici ne concerne pas le bien-fondé ou non, ni même le décalage des dispositions du C.c.B.C. par rapport à l'époque actuelle, mais plutôt le fait que le droit de la filiation jouait un rôle *normatif*, c'est-à-dire qu'il construisait et ordonnait, à *partir du réel*, l'espace familial à l'intérieur duquel les individus prenaient place, au lieu de chercher à tout prix à *découvrir* et à *copier* ce réel, en l'occurrence, la vérité biologique. Dans le présent article⁹, nous étudierons précisément le possible recul, au cours des dernières décennies, de la force normative du droit face au fait biologique, surtout depuis qu'il est devenu possible et même facile d'harmoniser le lien juridique avec le lien biologique, au moyen d'expertises d'ADN¹⁰. Nous nous demanderons entre

7. Voir les articles 237 et suiv. C.c.B.C., qui traitent des « enfants naturels » (et non de leur filiation), y compris l'aspect de la reconnaissance, volontaire ou forcée.

8. *Petit Larousse en couleurs*, Paris, Librairie Larousse, 1990, p. 578.

9. Ce texte s'inspire en partie de notre thèse de doctorat intitulée *Le régime québécois du droit de la filiation au Québec : d'une normativité institutionnelle à une normativité « fusionnelle »*, thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL. D.), Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2011, 384 p.

10. Voir Bartha Maria KNOPPERS, Marie-Angèle GRIMAUD, Lambert BUSQUE et Danielle DESMARAIS, « L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 329. Les auteurs affirment notamment que l'introduction de l'analyse des polymorphismes de l'ADN a commencé en 1985. Pour une description détaillée de la technique de l'expertise d'ADN, voir Deborah

autres si les configurations juridiques en matière de filiation élaborées et intégrées dans le Code civil de 1980¹¹ ont modifié le rapport qu'entretenait le droit avec la nature et la réalité biologique. Comment le droit civil québécois, notamment dans sa version judiciaire, se positionne-t-il par rapport aux développements scientifiques qui permettent aujourd'hui de connaître avec certitude les liens génétiques unissant deux personnes? A-t-il tendance à céder à la pression scientifique ou plutôt à y résister? Au fond, l'enjeu principal, ici, concerne les *limites* que souhaite ou non imposer le droit quant aux possibilités scientifiques *illimitées*, qui permettent désormais la découverte de la « vérité », du moins de la vérité biologique.

En terminant ce propos introductif, il nous semble essentiel de faire une remarque importante selon laquelle notre démonstration ne concerne qu'un pan du droit de la filiation. En effet, nous ne saurions défendre l'idée que l'entière du droit de la filiation se « biologise » complètement. Au contraire, les concepts de *volonté* et de *choix individuels* fondent également une partie importante de ce droit, principalement dans sa version législative, et ce, surtout depuis la réforme du droit de la famille de 1980. Dans notre thèse de doctorat¹², nous analysons d'ailleurs de manière détaillée comment la réforme de 1980 a ouvert la voie aux concepts de volonté et de choix individuels dans la création des liens filiaux. Par exemple, en matière de filiation par le sang, cette réforme a transformé la nature de l'acte de naissance, le faisant passer d'un acte *déclaratif* d'une filiation préalablement établie par la présomption légale de paternité à un acte *constitutif* de filiation, où les choix individuels interviennent de plus en plus. Tout homme est désormais libre de déclarer son lien de filiation avec un enfant sur l'acte de naissance de ce dernier,

SCHORNO, *Enfant de qui? Procréation assistée et filiation en Suisse et au Québec*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2007, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/schorno.pdf>> (consulté le 4 novembre 2012). Voir aussi A. OBADIA, préc., note 3, ainsi que Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 R.G.D. 865.

11. La *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 est entrée en vigueur le 2 avril 1981.

12. Préc., note 9, p. 190 à 240.

rendant possible la création de liens filiaux *de complaisance*. Pensons également à la faculté, depuis 1999, de *créer* des liens de filiation « sur mesure », sans passer par l'adoption ou par une requête en réclamation d'état, mais simplement par la procédure de la déclaration tardive de filiation prévue à l'article 130, al. 2 C.c.Q. Enfin, les modes de filiation fictifs que sont l'adoption et la procréation assistée ont toujours accordé une place indéniable à la volonté, niant souvent les liens de sang dans l'établissement de la filiation. Toutefois, cette réalité n'entrave en rien notre thèse visant à démontrer que, parallèlement à ce courant volontariste, il existe tout un segment du droit de la filiation qui accorde une importance de plus en plus marquée au sang et aux gènes, particulièrement dans sa version judiciaire, allant jusqu'à créer une véritable confusion entre les rôles de père et de géniteur. C'est cette partie du droit qui nous intéresse ici. Il y aurait donc, en droit de la filiation, deux courants évoluant dans une direction diamétralement opposée : celui accordant une importance accrue, voire sans limites, à la génétique, et l'autre, à la volonté et aux choix individuels. Comme nous l'expliquons dans notre thèse¹³, nous estimons que c'est la disparition d'un fondement légal de la filiation, en l'occurrence, ici, la présomption de paternité, qui a entraîné cette double conséquence, témoignant au surplus de l'incapacité du droit québécois de la filiation à se positionner clairement quant à la définition de la paternité. Ce texte vise à faire la démonstration de la tangente biodéterministe du droit de la filiation, alors qu'un article ultérieur s'attardera à établir la perspective volontariste de ce domaine du droit.

L'article se divise en deux parties. La première fait la démonstration de la fragilisation du lien filial non biologique (contestation judiciaire d'état), alors que la seconde aborde la détermination grandissante de la filiation par la génétique (réclamation judiciaire d'état).

13. Préc., note 9, voir particulièrement les p. 251 et suiv.

1. LA CONTESTATION D'ÉTAT OU LA FRAGILISATION DU LIEN FILIAL NON BIOLOGIQUE

Sous le C.c.B.C., lorsqu'il était question de *contester* un lien de filiation légitime, c'est-à-dire établi par la présomption de paternité, l'élément biologique pouvait être pris en compte, mais de manière très limitée par le droit. Il était en effet possible, pour le mari, à *l'exclusion de toute autre personne*¹⁴, et dans quelques cas très circonscrits, de désavouer l'enfant que la loi lui attribuait légalement, en prouvant que celui-ci n'était pas « de son sang ». Plus précisément, l'article 219 C.c.B.C. prévoyait d'abord que le *recel*, consistant dans le fait pour la femme de chercher délibérément à tenir son mari dans l'ignorance de la naissance de l'enfant, permettait à l'homme de « proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père », ce qui pouvait, notamment, être fait par un examen comparatif des groupes sanguins¹⁵. La seconde cause de désaveu, que l'on retrouvait à l'article 220 C.c.B.C., était *l'impuissance* du mari postérieure au mariage. Enfin, ce même article permettait encore au mari de désavouer l'enfant si, pendant la période légale de conception, il était, « par éloignement ou par suite de tout autre empêchement, dans l'impossibilité physique de se rencontrer avec sa femme ». De plus, l'article 223 C.c.B.C. prévoyait des délais éminemment courts pour entreprendre une action en désaveu, c'est-à-dire *deux mois*, soit de la naissance, soit du retour du mari, soit, enfin, de la découverte de la fraude, en cas de *recel*.

Avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, en 1980, le droit a commencé à accorder une importance considérable à l'élément biologique. En effet, le Code civil a, d'un coup, cessé d'*attribuer légalement* la filiation à l'enfant, comme il l'avait fait depuis plus d'un siècle, fidèle en cela à la pérenne tradition de droit civil. Plus précisément, la réforme du droit de la famille a transformé la nature même de la

14. À l'exception des héritiers du père présumé, qui devaient toutefois, pour ce faire, remplir les strictes conditions établies par l'article 224, notamment entreprendre l'action en contestation à l'intérieur du délai prévu pour le désaveu. Par conséquent, l'action n'était ouverte aux héritiers que dans les cas où le père mourait dans les deux mois de la naissance de l'enfant.

15. Voir J. HÉTU, préc., note 3, 248. Voir aussi Jean-Christophe GALLOUX, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite », J.C.P. 1991.I.3497, par. 21.

présomption de paternité, la faisant passer d'une véritable règle d'attribution de la filiation et même d'un fondement légal à une simple règle de preuve, tout comme le sont l'acte de naissance ou la possession d'état. Cette désinstitutionnalisation de la filiation a entraîné dans son sillage la tangente « biologisante » que l'on connaît aujourd'hui. En ce qui concerne la *contestation* de filiation, les changements apportés s'observent à deux égards. D'une part, *l'éventail des personnes habilitées* à contester un lien de filiation est beaucoup plus large qu'auparavant, puisque l'action est désormais non seulement ouverte au père (et à ses héritiers)¹⁶, mais aussi à la mère¹⁷, ainsi qu'à toute personne intéressée¹⁸, notamment l'enfant lui-même ou le prétendu père biologique. D'autre part, le *délai* de contestation est aussi éminemment plus long depuis la réforme. En effet, de manière générale, celui-ci est désormais de *trente ans*¹⁹, sauf lorsque la présomption de paternité s'applique, auquel cas le père ou la mère n'ont qu'*un an* pour contester la filiation du père présumé²⁰.

En bref, comparativement à la réalité législative existant en vertu du C.c.B.C., nous constatons clairement une orientation du droit de la filiation vers la révélation des liens du sang. Cependant, le Code civil ne consacre tout de même pas la *toute-puissance* biologique, puisqu'il établit certaines

16. Dans le cas où la présomption de paternité s'applique, voir l'article 581 C.c.Q. (1980), tandis que pour les autres cas, voir l'article 588 C.c.Q. (1980). Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, c'est l'article 531 qui prévoit la possibilité pour le père de contester sa propre paternité, peu importe la manière dont la filiation est établie.

17. Dans le cas où la présomption de paternité s'applique, voir l'article 582 C.c.Q. (1980), tandis que pour les autres cas, voir l'article 588 C.c.Q. (1980). Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, c'est l'article 531 qui prévoit la possibilité pour la mère de contester la filiation de son enfant.

18. Article 588 C.c.Q. (1980) et article 531 C.c.Q. actuel.

19. Art. 593 C.c.Q. (1980); art. 536 C.c.Q.

20. Pour le père présumé, le délai d'un an court à compter du jour où il a connaissance de la naissance, selon l'article 581 C.c.Q. (1980), tandis que la mère doit contester la paternité du père présumé dans l'année qui suit la naissance de l'enfant, en vertu de l'article 582 C.c.Q. (1980). En vertu du C.c.Q., il s'agit de l'article 531, al. 2, qui s'applique tant au père présumé qu'à la mère. Toutefois, pour le père présumé, le libellé est légèrement différent du C.c.Q. (1980), prévoyant que l'homme ne pouvait désavouer l'enfant que « dans un délai d'un an à compter du jour où la présomption de paternité prend effet, à moins qu'il n'ait pas eu connaissance de la naissance, auquel cas le délai commence à courir du jour de cette connaissance ».

limites, notamment quant à la possibilité de disqualifier un lien juridique au motif qu'il ne correspond pas à la vérité biologique. En effet, le Code a mis en place deux mesures ayant pour effet de rendre inattaquable un lien de filiation même si la preuve la plus certaine arrive à démontrer qu'il n'est pas conforme à la vérité biologique. Il s'agit d'abord du délai d'un an pour contester la paternité du père présumé, ainsi que du concept de la possession d'état conforme à l'acte de naissance. Ce sont ces *limites*, interprétées par les juges, que nous devons analyser tour à tour, afin de vérifier si leur existence constitue réellement un rempart contre la suprématie du biologique en matière de contestation de filiation.

**A) L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DU DÉLAI D'UN AN
POUR CONTESTER UNE PATERNITÉ PRÉSUMÉE;
UNE VRAIE LIMITE FACE À LA VÉRITÉ BIOLOGIQUE?**

Nous l'avons noté, lorsque la présomption de paternité s'applique, le père n'a qu'un an pour désavouer l'enfant; la mère bénéficie du même délai pour contester la filiation du père présumé, faute de quoi celle-ci devient incontestable. La question qui se pose est de savoir si cette limite est bel et bien respectée par les tribunaux et, si oui, de quelle manière.

La prose judiciaire est malheureusement assez discrète sur la question du délai de contestation d'un an en présence de la présomption de paternité. Une décision mérite toutefois quelques brefs commentaires. Il s'agit de la décision de la Cour supérieure *H.M. c. D.L.V.*²¹. Bien que ce jugement rejette une action en désaveu de paternité intentée par le mari sept ans après la naissance d'un enfant survenue pendant le mariage de ses parents, cette décision recèle néanmoins des propos intéressants sur la notion de vérité biologique. En effet, après avoir discuté de la décision rendue dans *Droit de la famille — 2530*²², qui avait très curieusement accueilli une action en désaveu de paternité intentée

21. [2001] R.D.F. 446 (C.S.). Voir, dans le même sens que cette décision, *Droit de la famille — 12320*, J.E. 2012-600 (C.S.).

22. [1996] R.J.Q. 2981 (C.S.).

par un homme marié, plus de quatre ans après la *naissance* d'un enfant²³, la Cour s'exprime ainsi :

The judgment reflects legitimate concern about the faith of presumed fathers who would learn, many years after the birth of their child, the truth about their paternity. At first glance, it appears unjust that they be without recourse and that is probably why the judge came to his conclusion.²⁴

Il est vrai que, à la suite de ces propos, la Cour s'est empressée d'ajouter que de telles considérations ne permettent toutefois pas d'aller à l'encontre de dispositions claires de la loi²⁵. Cependant, pour nous, cette citation porte à réfléchir sur la compréhension qu'ont certains juges de la paternité, plus particulièrement de la distinction entre ce concept et celui de la « réalité biologique ». Si l'on revient à l'essence de ce jugement, force est de constater que nous sommes simplement en présence d'un homme marié s'étant comporté comme un « vrai » père pour son enfant, et ce, à partir de la naissance et pendant plusieurs années par la suite, et qui, soudainement informé de l'absence d'un lien biologique avec l'enfant, souhaite désavouer sa paternité à tout prix. La Cour rejette la requête, mais se montre néanmoins compréhensive à l'égard de la situation de ces pères qui, plusieurs années après la naissance, « apprennent la vérité sur leur paternité », pour reprendre les termes de la Cour. Cependant, il y a lieu de se demander si telle est réellement

23. La Cour supérieure en était arrivée à cette conclusion, notamment en fixant le point de départ de la présomption de paternité *au jour où le mari a connu les résultats du test d'ADN*, allant ainsi à l'encontre des prescriptions de l'actuel article 531, al. 2 C.c.Q., qui dispose que le délai d'un an, pour le mari, court « à compter du jour où la présomption de paternité prend effet, à moins qu'il n'ait pas eu connaissance de la naissance ». Cette dernière expression signifie implicitement que lorsque le mari a connaissance de la naissance, comme c'était le cas en l'espèce, le point de départ de la présomption est bel et bien la *naissance* de l'enfant. Or, ce délai était échu depuis longtemps dans la présente affaire. En fait, il ressort de l'analyse de la décision rendue dans *Droit de la famille — 2530* que le tribunal avait tenté de créer toutes sortes de « détours juridiques » afin de faire triompher le principe de la « primauté du père biologique », pour reprendre les termes du jugement. Voir *Droit de la famille — 2530*, préc., note 22, 2992.

24. *H.M. c. D.L.V.*, préc., note 21, par. 49.

25. En effet, le paragraphe 50 se lit comme suit : « The Court believes, however, that this concern, which in any event it is mostly virtual, may not circumvent the clear drafting of the law ».

la nature de l'information qu'ils obtiennent. En effet, ces hommes apprennent-ils vraiment la vérité sur leur « paternité » ou tout simplement sur une « réalité biologique » ? Certes, on les informe que l'enfant qu'ils chérissent depuis sa naissance n'est pas de leur sang. Mais la question se pose de savoir en quoi il serait plus adéquat de faire primer cette information biologique toute crue, ce résultat charnel obtenu froidement dans un laboratoire, sur une réalité juridique tangible, en somme, sur une paternité s'étant à la base appuyée sur une présomption et s'étant vécue comme telle, par la suite, pendant de nombreuses années.

Comme nous l'avons évoqué antérieurement, le fait que le droit n'ait pas pris position sur une définition de la filiation depuis 1980, laissant de plus en plus ce lien sans autre assise « légitime » que celle du *fait biologique*, explique certainement en partie pourquoi certains juges peuvent se montrer perplexes devant une *limite* comme celle du délai d'un an, empêchant la révélation de la réalité charnelle. En effet, le droit de la filiation, même avec le peu d'obstacles qu'il impose à la suprématie de la biologie, en vient à être perçu non plus comme le garant de l'état des personnes, mais comme une *contrainte* dont il faut se débarrasser. Nous devons toutefois évidemment poursuivre notre analyse et étudier une seconde limite juridique pour vérifier si cette tendance se maintient ou non.

B) LE CONCEPT DE POSSESSION D'ÉTAT CONFORME À L'ACTE DE NAISSANCE; RÉALITÉ SOCIOLOGIQUE OU PRÉSOMPTION DE LIEN BIOLOGIQUE?

Il faut reconnaître que la grande majorité des enfants d'aujourd'hui naissent hors des liens du mariage²⁶ et ne bénéficient donc pas d'une filiation incontestable après un délai d'un an, tel que nous venons de l'étudier. Au contraire, en

26. En effet, selon l'Institut de la statistique du Québec, en 2011, 63,2 % des naissances ont eu lieu hors mariage, comparativement à 3,1 %, en 1951. Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2011*, 10 avril 2012, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/naisn_decés/naissance/410.htm> (consulté le 23 novembre 2012).

principe, leur filiation demeure contestable pendant trente ans, selon l'article 536 C.c.Q. Ainsi, les père et mère, tout comme les autres personnes intéressées, notamment l'enfant ou celui qui se prétend le père biologique, ont trente ans pour contester la filiation de l'enfant. Toutefois, le Code civil dispose clairement que cette contestation ne sera possible *qu'en l'absence d'une possession d'état conforme à l'acte de naissance*²⁷, ce qui constitue une seconde limite juridique très importante face à la révélation de la réalité biologique. En effet, en présence de cette conformité entre le titre et la possession d'état, la filiation de l'enfant devient *irréfragable*²⁸. Nous devons ici vérifier si l'essence même de cette notion n'a pas été modifiée depuis la réforme du droit de la famille de 1980 et si elle fait vraiment écran à la révélation de la vérité biologique.

Alors que le titre ne pose habituellement aucun problème de définition ou de preuve, le concept de possession d'état demeure un peu moins limpide²⁹, quoique la jurisprudence l'ait assez bien circonscrit. D'abord, comme la décision *Droit de la famille — 989*³⁰ l'établit clairement, trois éléments sont traditionnellement requis pour reconnaître l'existence de la possession d'état, c'est-à-dire que l'enfant doit porter le *nom* du père (*nomen*), qu'il doit être *traité* par ses prétendus parents comme le leur (*tractatus*) et qu'il doit être *considéré* par la société et sa famille comme étant l'enfant des personnes dont on le dit issu (*fama*)³¹. De plus, afin d'être

27. Pour le C.c.Q. (1980), voir les articles 587, al. 2 et 588, al. 1, tandis que pour le C.c.Q., voir les articles 530, al. 2 et 531, al. 1.

28. Voir *Droit de la famille — 1010*, [1986] R.D.F. 95, 96 (C.S.); *Droit de la famille — 773*, [1990] R.J.Q. 780, 782 (C.S.).

29. L'article 524 C.c.Q. énonce que « [l]a possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu ».

30. [1991] R.J.Q. 1343, 1358 (C.S.).

31. *Id.*, 1353. Notons que comme le reconnaît cette décision, le *nom* a cependant perdu de l'importance, puisque de nos jours, l'enfant ne porte plus nécessairement celui de son père, ce qui fait consensus au sein de la littérature juridique. Voir aussi Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, PUL, 2005, p. 202, ainsi que Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit; 1968-1998, trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, p. 203.

valablement reconnue, la possession d'état doit obligatoirement être *constante*, c'est-à-dire exister depuis la naissance de l'enfant et pendant une durée suffisamment longue, c'est-à-dire environ au moins dix-huit mois³². Par ailleurs, précisons qu'une possession d'état sera reconnue même si elle a été acquise *à l'insu* du père. Autrement dit, les tribunaux rejettent clairement la théorie dite de la possession d'état involontaire³³. Ainsi, lorsque ces conditions sont remplies et qu'il existe un titre, la filiation devient irréfragable, peu importe qu'elle représente la vérité biologique ou non. En effet, encore aujourd'hui, la tendance jurisprudentielle établit clairement que même la preuve biologique la plus certaine, particulièrement la preuve génétique, démontrant qu'un lien de filiation ne correspond pas à la réalité biologique, ne peut *en aucun cas* réussir à détruire ce lien s'il existe une possession d'état conforme à un acte de naissance³⁴.

32. Sur la notion de constance, voir M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 31, p. 203 et 204. Concernant précisément la durée requise, en général, les tribunaux considèrent que dix-huit à vingt-quatre mois sont suffisants : voir *Droit de la famille* — 773, préc., note 28 (dix-huit mois); *C.D. c. L.B.*, [2002] R.D.F. 653 (C.S.) (vingt mois); *Droit de la famille* — 989, préc., note 30 (vingt-quatre mois). Soulignons que la plus courte durée ayant été reconnue par les tribunaux est de seize mois, dans *Droit de la famille* — 737, [1990] R.J.Q. 85 (C.A.). Plus récemment, la Cour supérieure a jugé incontestable une filiation, alors que la possession d'état conforme au titre avait duré de seize à dix-huit mois, et ce, malgré les mensonges de la mère. Voir *Droit de la famille* — 102895, J.E. 2010-2003 (C.S.). Toutefois, des durées de huit mois (*P.B. c. M.S.*, [2003] R.D.F. 816 (C.S.)), de douze mois (*J.P. c. M.G.*, [2005] R.D.F. 786 (C.S.)) et de quatorze mois (*Droit de la famille* — 09704, 2009 QCCS 1404) auraient été jugées insuffisantes pour reconnaître l'existence de la possession d'état, si les autres éléments de ce mode de preuve avaient par ailleurs été présents. En effet, dans ces jugements, l'élément de la commune renommée (*fama*) faisait défaut, ce qui de toute manière empêchait la reconnaissance du concept.

33. La décision rendue dans *Droit de la famille* — 09358, [2009] R.D.F. 37 (C.A.) ne laisse place à aucune interprétation à ce sujet. En effet, la Cour d'appel a confirmé le rejet de cette théorie, que ce même tribunal avait d'ailleurs déjà écartée dans la décision *Droit de la famille* — 3544, J.E. 2000-508 (C.A.) (voir le par. 76). Dans cette récente affaire, il existait une possession d'état conforme à l'acte de naissance de plus de trois ans entre un enfant et son père, mais un test d'ADN avait révélé que celui-ci n'était finalement pas le père biologique de l'enfant. L'homme en question tentait donc de contester sa paternité, en soutenant notamment que son consentement avait été vicié par le *dol* de la mère, qui lui aurait caché délibérément la vérité au sujet de sa paternité (voir les par. 29 et suiv. du jugement). Cet argument n'a pas été retenu par la Cour d'appel, qui a confirmé le rejet par la Cour supérieure de la requête en contestation de paternité (une requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été rejetée dans ce dossier, C.S. Can., 2009-06-25, 33131).

34. Voir les jugements cités à la note précédente.

Il appert donc que le concept de possession d'état conforme à l'acte de naissance constitue incontestablement une limite juridique encore très solide face à la percée biologique (et surtout génétique) et qu'il empêche efficacement, à certaines conditions, la destruction d'un lien de filiation par la preuve du seul critère biologique. Cependant, il y a lieu de clarifier ici certains aspects relativement à la perception qu'entretiennent parfois des juges et des auteurs à propos de l'essence même de la notion de possession d'état. En effet, les affirmations que font plusieurs d'entre eux peuvent laisser croire que ce concept est absolument indifférent à la vérité du sang, accordant des effets juridiques plus importants à une réalité sociale, notamment au « vécu » de la relation parent-enfant, qu'à une réalité purement biologique. Or, tel que nous le verrons, ceci n'est plus exact depuis la réforme du droit de la famille de 1980. Il convient d'abord de citer quelques extraits de jugements pertinents, afin de démontrer nos prétentions et de poursuivre notre argumentaire sur le concept de possession d'état. D'abord, dans *Droit de la famille* — 989³⁵, la Cour supérieure affirme ceci :

La possession d'état ne réfère pas à la réalité « biologique », à la filiation véritable et prouvée scientifiquement. Elle découle bien au contraire de la réalité « sociale » des rapports entre le parent et l'enfant. [...]. On voit donc que, loin d'appeler la vérité absolue, la possession d'état s'attache à la « réalité » des rapports. Même si la personne agissant comme parent aux yeux de tous n'est pas, en réalité, le parent biologique, le droit reconnaît des effets juridiques à sa présence dans la vie de l'enfant.³⁶

Le tribunal juge d'ailleurs qu'il ne serait absolument pas opportun d'ajouter le « profil génétique » comme élément constitutif de la notion de possession d'état et que, au contraire, cet ajout dénaturerait le concept juridique relevant de la « réalité sociologique » et non de la « réalité biologique »³⁷. De plus, à l'argument du père biologique ayant intenté l'action en contestation de paternité et selon qui la notion de possession

35. Préc., note 30.

36. *Id.*, 1353 et 1354 (souligné dans l'original).

37. *Id.*, 1354 et 1355.

d'état ne serait plus adaptée à la société contemporaine, la Cour répond ceci :

Bien au contraire, il s'agit d'une institution juridique qui garde toute son importance et sa pertinence dans notre société où les couples se font et se défont, très souvent sans le bénéfice d'une « sanction » ou d'une « consécration » officielle. Dans une société où les unions de fait sont de plus en plus courantes, une institution juridique qui permet d'établir ou de confirmer la filiation à partir d'éléments très concrets, comme la présence ou l'absence, qui peuvent facilement se vérifier dans la réalité quotidienne de l'enfant devient peut-être encore plus importante. La possession d'état est une institution qui attache des conséquences juridiques au vécu des personnes plutôt qu'à la nature intime des choses et elle est, de ce fait même, fort bien adaptée à la réalité contemporaine et au monde dans lequel nous vivons.³⁸

De plus, dans *Droit de la famille — 2552*³⁹, la Cour supérieure va dans le même sens et s'exprime ainsi à propos de la possession d'état :

Pendant neuf ans, il y a eu possession d'état indiscutable. *La vérité scientifique qui peut résulter d'un test n'est pas suffisante pour supplanter tous les autres éléments à considérer*, sur le plan juridique et psychologique, le problème de l'état civil d'une personne et de son *identité*. Il serait contraire à l'intérêt public que l'on puisse impunément remettre en question l'état civil d'une personne et son *identité*.⁴⁰

Enfin, dans *C.D. c. L.B.*⁴¹, où un père inscrit à l'acte de naissance tentait de contester sa paternité à la suite d'un test d'ADN indiquant clairement qu'il n'était pas le père biologique, la Cour supérieure a également rejeté l'action puisqu'il existait une possession d'état conforme au titre d'une durée d'environ vingt mois. De plus, le tribunal a fait l'affirmation suivante :

38. *Id.*, 1354 (souligné dans l'original).

39. [1996] R.D.F. 889 (C.S.).

40. *Id.*, 896 (nos italiques).

41. *C.D. c. L.B.*, préc., note 32.

La possession constante d'état rend vraisemblable la filiation de l'enfant à l'égard du père, de la mère ou de l'un d'eux. Mais, elle ne réfère pas à la filiation scientifiquement prouvée. Elle ne se soucie pas d'étude de paternité, car elle privilégie la stabilité de la filiation et de la famille.⁴²

Force est de constater que certains juges présentent le concept de possession d'état comme étant empreint d'un caractère presque exclusivement *volontariste*, référant à la *relation vécue* entre le prétendu parent et l'enfant et ne se souciant guère de la vérité biologique. Or, ceci n'est pas exact et mérite d'être nuancé. En effet, contrairement à la réalité qui existait à l'époque du C.c.B.C., le concept de possession d'état réfère beaucoup plus directement à la biologie depuis la réforme de 1980, puisque le Code civil énonce que cette notion s'établit « par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu »⁴³. Or, l'expression « *dont on le dit issu* » ne pourrait référer plus clairement à la *réalité charnelle*. D'ailleurs, les plus récentes décisions concernant la possession d'état correspondent parfaitement à la vraie nature de ce concept, comme le démontre l'analyse de la décision de la Cour supérieure dans *P.B. c. M.S.*⁴⁴. Dans cette affaire, la Cour a accueilli une action intentée par l'ex-conjoint de fait de la mère contestant la paternité de l'homme inscrit comme père à l'acte de naissance⁴⁵. En l'espèce, l'ex-conjoint de fait n'était pas le « père biologique » de l'enfant, mais leur défense portait sur l'existence d'une possession d'état conforme à l'acte de naissance, rendant la filiation irréfragable en vertu des articles 530, al. 2 et 531, al. 1 C.c.Q. Cependant, dans cette affaire, le juge a décidé que la possession d'état n'était pas conforme à l'acte de naissance, d'une part parce que l'élément de la « commune renommée » faisait défaut et, d'autre part, parce qu'une période de huit mois était « trop courte pour établir une véritable possession d'état, ainsi que les

42. *Id.*, par. 7.

43. Voir l'article 524 C.c.Q. L'article 573 C.c.Q. (1980) était identique.

44. *P.B. c. M.S.*, préc., note 32.

45. Une action en réclamation d'état visant à faire reconnaître sa propre paternité était également jointe à la contestation de paternité. En l'espèce, des résultats d'analyse d'ADN confirmaient que le demandeur était bien le père biologique.

tribunaux l'ont de tout temps reconnu »⁴⁶. Le raisonnement du juge en ce qui a trait à la trop courte durée de la possession d'état n'est pas étonnant et demeure tout à fait conforme à ce que la jurisprudence a établi dans ce domaine jusqu'à ce moment. Les passages pouvant sembler curieux, a priori du moins, concernent surtout le critère de la commune renommée. En effet, tout en admettant, d'une part, qu'en ce qui a trait à ce concept, « il s'agit de voir si la *relation* entre le parent et l'enfant est reconnue dans l'entourage (le milieu, la famille) »⁴⁷, le tribunal intègre l'élément biologique dans la définition même de la possession d'état, d'autre part. Sur ce point, la Cour s'exprime comme suit :

Par contre, M. T... *sait* très bien depuis le tout début qu'il n'est pas le père de B... Lorsqu'il a connu M^{me} S..., elle était déjà enceinte de plusieurs mois et il était bien conscient que ce n'était pas de lui.

En fait, tout le monde *sait* que même si M. T... est celui qui s'est toujours occupé de l'enfant, ce n'est pas lui qui est son véritable père. M. T... le *sait*. M^{me} S... le *sait*. Les trois familles le *savent*; tous les membres de la famille S... *savent* que M. T... n'est pas le véritable père de l'enfant; tous les membres de la famille T... le *savent* également; tous les membres de la famille B... le *savent* aussi. Les amis le *savent*; les témoignages ont été nombreux en ce sens. Tout l'entourage le *sait*. Les autorités le *savent*. Les intervenantes le *savent*. Celle qui a témoigné devant la Cour a clairement dit qu'il a toujours été très clair que M. T..., même si c'est lui qui s'occupait de l'enfant, n'était pas son véritable père.⁴⁸

46. *P.B. c. M.S.*, préc., note 32, 820. Le juge cite à l'appui le jugement rendu dans *L. c. R.*, [1997] R.L. 394 (C.S.), dans lequel la Cour supérieure était d'accord avec les délais normalement fixés par les tribunaux, soit de seize mois à plus ou moins deux ans, pour reconnaître l'existence d'une possession d'état conforme à un acte de naissance. Par ailleurs, à la même page, la Cour ajoute qu'à son avis, en cas de contestation de paternité par le père présumé lui-même ou par la mère, le délai pour pouvoir se justifier d'une possession d'état ne saurait être inférieur à celui fixé par l'article 531, al. 2 C.c.Q., c'est-à-dire un an.

47. *P.B. c. M.S.*, préc., note 32, par. 15 (nos italiques).

48. *Id.*, par. 28 et 29 (nos italiques). Il est frappant de constater à quel point *savoir* devient un aspect primordial en matière de possession d'état. Nous y reviendrons.

Et la Cour conclut en affirmant ceci :

Mais lorsque le Code réfère à la possession d'état, l'état dont il s'agit est celui de *parent véritable*, pas de parent psychologique ou d'un autre statut. Certes, la réalité moderne reconnaît maintenant le parent psychologique; il est admis qu'il peut être plus important dans la vie de l'enfant que le *parent biologique*. On en tient compte lorsqu'il s'agit par exemple de décider de la garde. Mais ce n'est pas de ce dont il s'agit lorsqu'il faut établir l'état et la filiation.⁴⁹

Ces propos sont intéressants, car ils permettent de faire ressortir que le caractère biologique est désormais loin d'être absent de la définition de la possession d'état, contrairement à ce qui se dégage des jugements précédemment analysés. En définitive, si l'absence de lien biologique ne fait pas obstacle à l'acquisition de la possession d'état, en revanche, l'*apparence* de ce lien est fondamentale. Autrement dit, l'élément biologique ne doit pas faire défaut à *la connaissance* de l'entourage pour que la possession d'état puisse être acquise, mais, une fois qu'elle l'est et que l'on apprend *après-coup* que cet élément était manquant à l'origine sans que personne ne le sache, il est impossible de contester la filiation reposant sur cette base, si, bien sûr, le titre existe également⁵⁰. Voilà la nuance. D'ailleurs, les auteurs Pratte et Pineau vont dans le sens de la décision rendue dans *P.B. c. M.S.*, affirmant qu'en plus de constituer une « manifestation de la volonté d'accueil » des prétendus parents, la possession d'état est également un « indice de la filiation biologique »⁵¹, bien que ce second aspect soit souvent oublié. À leur avis, les conclusions du juge dans

49. *Id.*, par. 35 et 36 (nos italiques).

50. Voir à ce sujet la décision récente de la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 09358*, préc., note 33, dans laquelle le tribunal confirme le rejet de la requête en contestation de filiation paternelle au motif de l'existence d'une possession d'état conforme à l'acte de naissance d'une durée de plus de trois ans. Dans cette décision, le juge Morin précise, quant au critère de la commune renommée, que « des doutes de quelques personnes quant à la paternité ne peuvent suffire à altérer le caractère public de la possession d'état » (par. 68 du jugement).

51. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 607 et 608.

P.B. c. M.S., qui affirment que la possession d'état réfère au « parent véritable » (parent biologique) et non au « parent psychologique », sont bien fondées⁵². Selon eux, « [u]ne contradiction entre le *tractatus* (traitement) et la *fama* (commune renommée) empêcherait la formation d'une possession d'état à l'égard de celui qui, sans être le parent biologique d'un enfant et sans être considéré comme tel, le traiterait comme s'il était le sien »⁵³.

Ainsi, contrairement à ce qui semble parfois ressortir de la jurisprudence ou de la doctrine, la notion de possession d'état ne fait pas fi de la réalité biologique et ne vise pas à consacrer juridiquement une relation entre un enfant et un adulte qui se vit au quotidien comme s'il existait entre eux un lien de filiation. Cette équivoque s'explique d'abord par le fait que dans la plupart des décisions en la matière, le père inscrit à l'acte de naissance de l'enfant *ignorait*, tout comme son entourage, qu'il n'était pas le père biologique, jusqu'à ce qu'il en soit informé, souvent plusieurs années après la naissance de l'enfant. En d'autres termes, c'est parce que ce lien a été *présumé* conforme à la biologie par l'entourage et pendant une durée suffisamment longue que les juges ont pu s'attarder à l'importance du *vécu*, à la manière dont le père avait *traité* son enfant pendant toutes ces années, aux fins de rejeter l'action en contestation de paternité. Sans cette présomption, le *vécu* ou la *réalité des rapports*, pour reprendre les termes de certains jugements, n'auraient pu être pris en compte ni avoir d'effets. De plus, une seconde raison explique la méprise au sujet du concept de la possession d'état. En effet, historiquement, la possession d'état ne référait pas à la vérité biologique, mais servait plutôt, à défaut de titre, à prouver l'*état de légitimité*, c'est-à-dire que l'enfant avait été

52. *Id.*, p. 607, note infrapaginale 1983. Dans le même sens, voir *J.P. c. M.G.*, préc., note 32.

53. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 51, p. 610. Les auteurs donnent l'exemple du beau-père ou de la belle-mère, nouveau conjoint du père ou de la mère qui vit avec l'enfant, en référant à *P.B. c. M.S.*, préc., note 32 (note infrapaginale 1996).

conçu pendant le mariage de ses parents⁵⁴. Ainsi, la possession d'état ne se souciait pas du lien biologique *en soi*, non plus que de son apparence, existant entre le parent et l'enfant, mais s'intéressait plutôt à savoir si ce lien était marqué du sceau institutionnel du mariage. D'ailleurs, l'article 230 C.c.B.C. se lisait ainsi :

230. Cette possession s'établit par une réunion suffisante de faits qui indique le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Comme on peut le constater, le libellé de cette disposition législative ne réfère pas le moindrement à un quelconque lien biologique, contrairement à la formulation retenue depuis la réforme de 1980, dont l'expression « dont on le dit issu » possède incontestablement une connotation biologique. À l'époque, il s'agissait de savoir si l'enfant possédait l'état de légitimité, c'est-à-dire s'il était bel et bien né dans les liens du mariage, malgré l'absence d'actes de l'état civil le prouvant. D'ailleurs, l'exemple donné par le C.c.B.C. annoté pour illustrer le sens de l'article 230, se lit comme suit :

Lorsqu'il est prouvé par témoins qu'un homme et une femme ont contracté mariage dans un endroit où il n'y avait pas de registres authentiques et qu'ils ont vécu comme mari et femme, à la connaissance de tous les parents et du public, les enfants de cette union sont légitimes.⁵⁵

54. Sur les origines de la possession d'état, voir, entre autres, Florence DEMOULIN-AUZARY, *Les actions d'état en droit romano-canonique : mariage et filiation (XII^e-XV^e siècles)*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 235-272. Concernant l'importance qu'a revêtue la possession d'état en droit français, particulièrement au XVIII^e siècle, les auteurs écrivent, à la page 272, que celle-ci servait alors « à secourir les protestants qui, depuis l'édit de Nantes [...], vivaient dans l'illégitimité. Refusant en effet les sacrements catholiques de mariage et/ou de baptême administrés par les curés, par ailleurs chargés de la tenue des registres, ils étaient privés d'état civil. Les unions des réformés étaient ainsi dénuées d'effets civils et leurs descendants, au regard de la législation, étaient des enfants naturels privés de succession. La possession d'état fit donc de nouveau la preuve de son utilité jusqu'à l'édit de 1787 créant un état civil spécifique pour les protestants, réhabilitant aussi les mariages antérieurs et permettant la légitimation des enfants qui en étaient nés ». Voir aussi M.-T. MEULDERS-KLEIN, préc., note 31, particulièrement aux p. 185 et suiv.

55. *Cutting et Jordan* (1879), 10 R.L. 401 (B.R.).

Ainsi, en vertu du C.c.B.C., le fait de porter le nom de son père (*nomen*), d'être élevé et traité par un couple marié comme leur propre enfant (*tractatus*) et d'être considéré par l'entourage comme ayant l'état dont on se prévalait — l'état légitime — (*fama*) suffisaient à prouver que tel enfant possédait une filiation légitime. La possession d'état référait alors bel et bien à un « état », celui de légitimité. Mais depuis que les notions de légitimité et d'illégitimité ont disparu de notre corpus juridique, l'on peut se demander à quel « état » fait désormais référence ce concept. À un « état biologique »? Bien que cela puisse paraître curieux, la réponse semble être affirmative. D'ailleurs, comme le constate l'auteure Marie-Noël Charles, il serait plus juste de parler non de possession d'état, mais plutôt de *présomption de lien biologique*⁵⁶. Celle-ci devient irréfragable si les trois éléments de la possession d'état existent (*nomen*, *tractatus* et *fama*) et que la filiation n'est pas contestée dans un délai d'environ dix-huit mois, peu importe la réalité biologique. Autrement, cette présomption peut aisément être contestée sur la base de l'absence de lien biologique entre l'enfant et le présumé parent. Donc, même si les trois éléments de la possession d'état sont demeurés les mêmes — en apparence — dans les deux codes civils, il appert qu'ils n'ont manifestement plus la même signification. Encore une fois, la différence entre les deux modèles (C.c.B.C. et C.c.Q.) se situe principalement dans le *voile des mots*, dans la *distance*

56. Marie-Noël CHARLES, « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant "fa'a'mu" en Polynésie française », (1995) 30/31 *Dr. et soc.* 445, 447. L'auteure affirme ceci : « [s]i l'on retient, prioritairement et en toutes circonstances, le seul critère du lien génétique, alors la possession d'état perd beaucoup de son sens et de son utilité. Elle est réduite au seul rang de présomption du lien biologique ». Il faut noter que bien que le droit français s'applique en Polynésie française, la réalité des règles de la famille et de la filiation est très différente dans ce territoire d'outre-mer, comparativement à celles qui prévalent en France. En effet, il y existe la tradition de l'enfant *fa'a'mu*, c'est-à-dire de l'enfant donné dès sa naissance par ses parents à une autre famille qui l'élèvera. Dans cet article, l'auteure fait notamment ressortir les difficultés que pose l'application du concept de possession d'état, dans l'état actuel du droit français qui requiert *l'apparence de lien biologique* pour que la possession d'état puisse être valablement constituée. En effet, selon la tradition polynésienne, dans tous les cas, l'entourage de l'enfant sait pertinemment que les parents qui l'élèvent ne sont pas ses géniteurs. L'élément de la « commune renommée » fait donc défaut et a comme conséquence que le « véritable » lien de filiation, celui qui se vit quotidiennement entre l'enfant et les parents qui l'élèvent, ne pourra jamais être établi.

que le plus ancien Code plaçait entre la réalité matérielle de la chair et la filiation, contrairement à son successeur.

En conclusion, concernant la *contestation* de la filiation, notre analyse de l'état du droit à la suite de la réforme de 1980 met en lumière une importance croissante accordée à la vérité biologique. D'une part, l'on peut s'étonner des propos tenus par le tribunal dans *H.M. c. D.L.V.* concernant la *limite* juridique que constitue le délai d'un an pour contester la paternité présumée face à une preuve biologique. D'autre part, même si le concept de possession d'état conforme demeure inébranlable devant une preuve avérée démontrant qu'un lien de filiation ne représente pas la réalité biologique, il est impossible de nier la place grandissante qu'occupe, depuis la réforme de 1980, l'élément biologique au sein même de la définition du concept de possession d'état. Dans les prochaines pages, nous consacrerons notre étude aux cas de *réclamation* de paternité, ce qui devrait pousser un cran plus loin la démonstration de la « percée biologique » en matière de filiation. En effet, il sera question non pas de « disqualifier » un père qui ne peut se justifier d'un lien biologique avec un enfant, mais bien de « créer » ce lien de toute pièce, sur la seule base du « biologique ».

2. LA RÉCLAMATION D'ÉTAT OU LA DÉTERMINATION DE LA FILIATION PAR LA GÉNÉTIQUE

À l'époque du *Code civil du Bas Canada*, lorsqu'un enfant désirait prouver un lien de filiation légitime et qu'il ne lui était pas possible de le faire au moyen de l'acte de naissance⁵⁷ ou de la possession d'état⁵⁸, la preuve pouvait alors se faire par témoins, selon l'article 232 C.c.B.C. Or, en ce cas, ce que l'enfant (ou son tuteur) avait à prouver n'était pas le lien biologique l'unissant à un homme, mais bien qu'il était l'enfant d'une femme mariée et qu'il avait été conçu durant le mariage de cette femme⁵⁹. L'auteur Jean Pineau exprimait très bien cette réalité en écrivant que « le meilleur moyen de chercher un père consistait donc à trouver une mère

57. Art. 228 C.c.B.C.

58. Art. 229 C.c.B.C.

59. J. HÉTU, préc., note 3, 249.

mariée »⁶⁰. Ainsi, lorsqu'il s'agissait d'établir un lien de filiation légitime, le fait biologique *pris isolément* ne pouvait être mis en preuve.

Ici, notre analyse consistera à vérifier si le droit post-réforme de 1980 facilite ou plutôt limite l'introduction de la preuve biologique en matière de réclamation judiciaire de filiation. Selon les dispositions législatives pertinentes depuis 1980, l'enfant dont la filiation n'est pas établie par un titre et une possession d'état conforme peut réclamer sa filiation en justice. De même, les père et mère peuvent réclamer la paternité ou la maternité d'un enfant dont la filiation n'est pas établie à leur égard par un titre et une possession d'état conforme⁶¹. De plus, dans le cadre d'une telle action, il est possible de faire la preuve de la filiation par « tous moyens »⁶². Encore une fois, l'absence d'une définition formelle de *père* au sein du Code civil favorisera certainement l'équivalence entre *lien biologique* et *filiation*, comme devrait le démontrer l'évolution jurisprudentielle à cet égard. Plus précisément, nous étudierons les trois principaux moyens de preuve et observerons si le droit a établi des *limites* pour éviter cette correspondance automatique, directe et dans tous les cas entre biologie et filiation.

A) LA PREUVE TESTIMONIALE OU PAR EXPERTISE SANGUINE; DES LIMITES À UNE CORRÉLATION « BIOJURIDIQUE » DIRECTE

La preuve testimoniale du lien biologique. Avant que le *Code civil du Québec* ne prévoie expressément la possibilité d'une ordonnance judiciaire enjoignant le prélèvement d'une substance corporelle aux fins d'une analyse d'ADN⁶³, *la preuve testimoniale* était fréquemment utilisée — et elle l'est d'ailleurs encore — pour prouver le « fait biologique »⁶⁴. En

60. Jean PINEAU, *La famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 197.

61. Art. 589 C.c.Q. (1980); art. 532 C.c.Q.

62. Art. 589 C.c.Q. (1980); art. 533 C.c.Q.

63. Voir l'article 535.1 C.c.Q., entré en vigueur en 2002 par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19. Nous reviendrons sur cette disposition.

64. Voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 51, p. 658.

effet, pour arriver à *se donner un père*, l'enfant (ou son tuteur) peut utiliser la preuve testimoniale démontrant qu'un homme a eu une relation sexuelle avec une femme, la mère, ayant mené à sa conception. Toutefois, pour pouvoir introduire ce mode de preuve, le Code civil pose une *limite* en exigeant l'existence d'un « commencement de preuve » ou de « présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis qui sont assez graves pour en déterminer l'admission »⁶⁵. L'objectif de cette condition préalable est bien sûr d'éviter les actions en réclamation d'état qui seraient frivoles ou sans fondement.

Le *commencement de preuve* réfère aux titres de familles, registres, papiers domestiques et tout autre écrit public ou privé émanant d'une partie qui aurait intérêt à la contestation⁶⁶. Quant aux *présomptions ou indices* résultant de faits déjà clairement établis, on peut penser, par exemple, comme le rappellent les auteurs Castelli et Goubau, à la ressemblance frappante entre l'enfant et la personne dont on cherche à établir la maternité ou la paternité, aux fréquentations régulières de la mère et du défendeur, aux visites que ce dernier aurait faites à l'enfant et à la mère à l'hôpital, aux lettres ou, bien sûr, à l'existence de relations sexuelles avec la mère de l'enfant durant la période pertinente⁶⁷. Comme nous le verrons, nous pouvons ajouter à cette énumération le *refus injustifié* d'une personne de se soumettre à un prélèvement sanguin ou à un test génétique visant à établir la filiation. Dans ce dernier cas, toutefois, cet élément ne pourra constituer le seul indice permettant d'introduire la preuve testimoniale⁶⁸. Nous reviendrons sur cet aspect. À ce stade-ci, il importe de retenir que la preuve testimoniale a longtemps constitué la voie privilégiée pour démontrer le lien biologique existant entre un homme et un enfant pouvant mener à la déclaration d'une filiation paternelle, mais qu'il existait une condition préalable à son introduction.

65. Art. 589 C.c.Q. (1980); art. 533 C.c.Q.

66. Art. 590 C.c.Q. (1980); art. 534 C.c.Q.

67. M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 31, p. 216.

68. *Droit de la famille* — 2418, [1996] R.D.F. 443 (C.A.).

La preuve scientifique du lien biologique; l'expertise sanguine. La preuve par expertise sanguine, aux fins d'établir un lien biologique entre un homme et un enfant, a mis quelques années, à la suite de la réforme du droit de la famille de 1980, avant de pouvoir être efficacement et juridiquement utilisée. D'une part, pendant longtemps, les tests d'analyse sanguine permettaient uniquement d'exclure la paternité et non de l'établir de façon certaine. Par ailleurs, même lorsque ces tests ont pu permettre l'établissement de la paternité, leur fiabilité demeurait très mitigée, offrant une précision moyenne variant de 61 % à 99 %⁶⁹. D'autre part, il était admis qu'un juge ne pouvait ordonner à une personne de se soumettre contre son gré à un prélèvement sanguin aux fins d'une expertise, en raison du droit à l'inviolabilité de la personne, explicitement prévu au Code civil depuis 1971⁷⁰. Par conséquent, le droit à l'intégrité physique a traditionnellement constitué une limite juridique à l'équivalence directe et immédiate entre la biologie et la filiation. Cependant, la jurisprudence établissait qu'il était possible de tirer une inférence négative du refus injustifié d'un homme de se soumettre à un prélèvement sanguin et d'en faire un indice préalable à la réception de la preuve testimoniale. La décision de la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 1059*⁷¹ illustre bien l'interprétation de ce principe. Dans cette affaire, il s'agissait d'une action en réclamation de paternité intentée par une mère, en sa qualité de tutrice à ses deux jumeaux, contre le prétendu père biologique, action ayant été accueillie en première instance et confirmée par la Cour d'appel. Pour permettre la preuve testimoniale, le premier juge avait également retenu,

69. Voir A. OBADIA, préc., note 3, 486 et 487, ainsi que D. SCHORNO, préc., note 10, p. 27. Voir aussi J. HÉTU, préc., note 3.

70. En effet, à la suite d'une modification apportée au C.c.B.C. en 1971 (*Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84), l'article 19 se lisait ainsi : « La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi ». Ce principe a bien sûr été repris par le *Code civil du Québec* en 1994 et se retrouve désormais consacré à son article 10.

71. [1990] R.D.F. 385 (C.A.).

outre les quatre premiers indices⁷², le refus du défendeur de se soumettre à un test sanguin « qui aurait permis soit d'écarter péremptoirement sa paternité ou alors de la déclarer possible, voire probable »⁷³. En effet, pour la Cour, s'il va de soi que l'on ne peut *imposer* à une personne de se soumettre à un prélèvement de sang contre son gré, il est toutefois normal et approprié de tirer une inférence négative du refus injustifié de s'y soumettre, le cas échéant.

À ce sujet, le tribunal affirme ceci :

Lorsque sans explication ni justification même subjective celui qui aurait tout intérêt à se soumettre à une épreuve banale qui, dans la mesure où elle serait déterminante, *ne pourrait que le disculper* [...], s'y refuse, le simple sens commun, au-delà de toute disposition de la loi, impose une inférence et interdire, en principe, qu'on la tire reviendrait à rendre le sens commun illégal.⁷⁴

Il est intéressant et même révélateur de noter que la Cour d'appel utilise des termes pénaux pour qualifier la signification de l'expertise sanguine pouvant prouver la non-paternité biologique d'un homme. En effet, la Cour affirme que cela « disculperait » l'homme en question! Est-ce à dire que l'homme était « accusé » de paternité? Chose certaine, l'on cherche à lui faire assumer une paternité qu'il ne souhaite manifestement pas assumer... d'où le questionnement de fond, qui revient sans cesse, c'est-à-dire comment qualifier un lien de filiation ainsi obtenu « par la force », à coups d'indices biologiques mis en preuve? Nous y reviendrons. À la suite du jugement rendu dans *Droit de la famille — 1059*, plusieurs décisions de jurisprudence sont également allées dans le

72. Les quatre premiers indices retenus par le juge de première instance sont l'aveu par le défendeur de rapports sexuels avec la mère à l'époque pertinente; la déposition par interrogatoire avant défense de la mère affirmant n'avoir eu de rapports sexuels, à l'époque de la conception, qu'avec le défendeur; le comportement du prétendu père; ainsi que la ressemblance physique entre ce dernier et l'enfant. *Id.*, 388 et suiv.

73. *Id.*, 390.

74. *Id.*, 391 (nos italiques).

même sens⁷⁵, jusqu'à ce que le jugement de la Cour d'appel *Droit de la famille — 2418*⁷⁶ confirme, en 1996, l'existence d'un consensus autour de la possibilité de tirer une inférence négative d'un refus de se soumettre à une expertise sanguine.

En bref, l'expertise sanguine n'a traditionnellement pas constitué un moyen de preuve *direct* menant à l'établissement de la filiation paternelle, d'abord pour des raisons d'imprécision scientifique, mais également pour des motifs liés aux droits individuels. Tout au plus, le *refus injustifié* de se soumettre à un prélèvement sanguin permettait au tribunal de tirer une inférence négative et pouvait constituer un indice préalable parmi d'autres autorisant l'introduction de la preuve testimoniale. L'on peut donc conclure que des contraintes limitaient encore l'équivalence directe entre biologie et filiation. Mais plus pour longtemps encore.

B) LA PREUVE PAR EXPERTISE GÉNÉTIQUE; L'AFFRANCHISSEMENT DE TOUTE LIMITE À L'ÉQUIVALENCE ENTRE ADN ET FILIATION

La preuve scientifique du lien biologique; l'expertise génétique vue par les tribunaux. Vers la fin des années 1990, les enjeux entourant la détermination de la paternité à l'aide de la preuve scientifique allaient désormais se transposer sur le terrain de l'expertise génétique, car celle-ci possède de multiples avantages comparativement à l'expertise sanguine. En effet, avec la technologie utilisant l'ADN, « on passe de l'exclusion à l'affirmation du lien de filiation »⁷⁷, ce qui, bien évidemment, la rend très attrayante aux yeux de ceux qui souhaitent non pas *contester*, mais *établir* un lien de filiation. De plus, selon Knoppers et ses collègues, l'utilisation de l'expertise génétique, outre sa grande fiabilité, est intéres-

75. Voir notamment *Droit de la famille — 1859*, [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.); *Droit de la famille — 2192*, [1995] R.D.F. 196 (C.A.); *Droit de la famille — 2441*, J.E. 96-1301 (C.A.).

76. *Droit de la famille — 2418*, préc., note 68.

77. En effet, l'établissement du lien génétique entre un enfant et un adulte peut désormais être assuré à un taux de 99,98 %, et ce taux grimpe à 100 % en matière d'exclusion de filiation génétique. Voir M. GIROUX, préc., note 10, 874. Voir aussi A. OBADIA, préc., note 3, 486 et 487, ainsi que B. M. KNOPPERS et al., préc., note 10.

sante, puisque « [l]es spécimens biologiques peuvent être obtenus par des prélèvements qui sont beaucoup moins invasifs que la prise de sang »⁷⁸, comme le frottis buccal ou la collecte d'un seul cheveu. La prise de sang n'est donc plus nécessaire.

Dans ce contexte, il est compréhensible que la « pression génétique » ait pesé de plus en plus lourdement sur les tribunaux, dans le cadre des actions en réclamation de filiation. Comme le soulignait avec justesse le juge Boily dans *Droit de la famille — 2796*, désormais, « si l'on veut faire triompher la vérité biologique, il n'existe plus aucun obstacle scientifique »⁷⁹. La seule limite, s'il en est, ne pouvait donc être que de nature juridique. À cet égard, comme dans leurs décisions en matière de prélèvement sanguin, les tribunaux ont jugé, au départ, qu'on ne pouvait *imposer* à une personne de se soumettre à un prélèvement corporel aux fins d'une analyse d'ADN, considérant le droit à l'inviolabilité de la personne⁸⁰. Cependant, à l'aube des années 2000, la pression quant à la possibilité d'une ordonnance judiciaire pour le prélèvement d'une substance corporelle aux fins d'une analyse d'ADN était devenue insoutenable, si bien qu'au moins un jugement y a succombé⁸¹. Il était en effet désormais impossible de

78. B. M. KNOPPERS et al., préc., note 10, à la page 337. Voir aussi M. GIROUX, préc., note 10, 874.

79. *Droit de la famille — 2796*, [1997] R.J.Q. 2834, 2836 (C.S.).

80. En effet, jusqu'à la décision rendue dans *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.), sur laquelle nous reviendrons, la majorité des juges étaient d'avis que la jurisprudence relative aux prélèvements sanguins devait continuer à prévaloir en matière de tests d'ADN. Ainsi, en raison du principe de l'inviolabilité de la personne, un tribunal ne pouvait forcer une personne à se soumettre à un prélèvement corporel aux fins d'une analyse d'ADN, si minime soit l'atteinte à l'intégrité physique, sans une disposition législative le permettant expressément.

81. Voir *Boivin c. Robert*, C.S. Montréal, n° 450-04-002467-982, 5 août 1998, ayant accueilli la requête du prétendu père biologique pour que soit ordonné à l'enfant dont il réclamait la filiation de se soumettre à un prélèvement de cheveux ou à un frottis de salive, aux fins d'un test d'ADN, alors que la mère s'y opposait. Il s'agit donc d'un jugement allant à contre-courant de la tendance jurisprudentielle sur ce point. Voir également la décision *Droit de la famille — 3353*, B.E. 99BE-790 (C.S.), dans laquelle, le juge Croteau, bien qu'il se rallie au « consensus jurisprudentiel majoritaire portant sur la primauté de l'intégrité physique » et rejette donc la requête pour expertise d'ADN déposée par la mère (en tant que tutrice) à l'égard du prétendu père biologique, le juge se déclare néanmoins du même avis que son homologue dans *Boivin c. Robert*.

comprendre sous quel prétexte on ne pouvait utiliser la « meilleure preuve » qui soit pour démontrer un lien génétique entre deux personnes, alors qu'elle était désormais à portée de main. La limite de l'inviolabilité de la personne paraissait de plus en plus ténue face au « possible scientifique ». Pour paraphraser le juge Tellier de la Cour supérieure, il était évident que « la jurisprudence ne résisterait pas encore longtemps aux assauts de la science »⁸² et que « le paravent du droit à l'intégrité »⁸³ finirait par céder avant longtemps. En fait, la question était surtout de savoir quel juge allait avoir l'audace de créer le revirement jurisprudentiel attendu. C'est finalement le jugement de la Cour d'appel *A.P. c. L.D.*⁸⁴, rendu en 2001, qui l'a fait. Dans cette affaire, comme dans plusieurs autres auparavant, une mère, en sa qualité de tutrice, a intenté une action en réclamation d'état contre un homme qu'elle affirmait être le père biologique de son enfant. Dans le cadre de cette action, elle a également fait une requête afin qu'il soit ordonné à cet homme de se soumettre à un test d'ADN par le prélèvement d'un cheveu ou le frottis de salive. Sans relater en détail le jugement de première instance⁸⁵ ayant accueilli la requête, retenons toutefois que la juge Rayle a pris en compte, d'une part, le haut degré de fiabilité désormais assuré par les tests d'ADN et, d'autre part, l'aspect très peu invasif de ceux-ci⁸⁶. La Cour a finalement décidé que l'ordre public et le « droit fondamental d'un enfant à l'établissement de sa filiation paternelle » devaient prévaloir sur le droit à l'inviolabilité de la personne⁸⁷. Par ailleurs, puisque l'article 10 du *Code civil du Québec* exige le

82. *Droit de la famille — 2552*, préc., note 39.

83. L'expression est d'Alain ROY, « Le droit de la famille — une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, 244.

84. Préc., note 80.

85. *Droit de la famille — 3453*, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.).

86. *Id.*, 2969.

87. *Id.*, 2970. Plus précisément, le tribunal s'exprime ainsi : « En matière civile, où prévaut l'égalité entre les parties, le droit à l'inviolabilité de la personne n'est pas absolu et la protection qu'on veut lui conférer en l'espèce ne fait pas le poids avec l'ordre public ni avec le droit fondamental d'un enfant à l'établissement de sa filiation paternelle ».

consentement ou une autorisation législative pour toute atteinte au droit à l'intégrité physique d'une personne, la Cour supérieure a jugé que l'article 414 du *Code de procédure civile*⁸⁸ constituait « le véhicule tout à fait approprié pour obtenir un ordre de la cour enjoignant au défendeur de se soumettre à une expertise génétique »⁸⁹.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Forget, a accueilli le pourvoi, à la seule fin toutefois d'ordonner le retour du dossier à la Cour supérieure pour que soient précisées les modalités relatives à l'ordonnance⁹⁰. Autrement dit, la Cour a rejeté l'appel quant au fond et a maintenu l'ordonnance relative à l'expertise génétique. Il est impératif de revoir l'argumentaire de la Cour à ce sujet. L'analyse du juge consiste d'abord à mettre en opposition deux droits individuels, c'est-à-dire le droit à l'intégrité physique de la personne (pour le prétendu père biologique) et ce que le juge appelle le « droit de l'enfant de connaître ses parents ». D'emblée, il y a lieu de se demander si les termes mêmes du débat sont adéquatement posés par la Cour d'appel. En effet, le juge semble perdre de vue que la question de l'ordonnance pour une analyse génétique se pose ici dans le cadre général d'une action en réclamation d'état, plus précisément d'une filiation paternelle. En effet, ce que l'enfant cherche à obtenir n'est pas une *information* lui permettant de *connaître* l'identité de son père biologique, mais bien un lien de filiation avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. Le juge crée donc une analogie directe entre ces deux concepts différents, ce qui le

88. Le premier paragraphe de l'article 414 1 C.p.c. énonce qu'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, ordonner une expertise par personne qualifiée, qu'il désigne, pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige.

89. *Droit de la famille* — 3453, préc., note 85, 2970. Au contraire, dans plusieurs décisions précédentes, il avait plutôt été jugé que l'article 414 C.p.c. ne constituait pas une base légalement valable à l'appui d'une ordonnance judiciaire enjoignant à une personne de se soumettre à un prélèvement sanguin aux fins d'établir un lien de filiation. Voir notamment *Droit de la famille* — 206, [1985] C.S. 998; *Droit de la famille* — 2796, préc., note 79; *Droit de la famille* — 3353, préc., note 81.

90. *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, 16 et 17.

porte à analyser les enjeux du litige sous l'angle de l'intérêt de l'enfant⁹¹. Nous reviendrons sur cette analogie.

Ceci dit, sur le fond du raisonnement, d'une part, la Cour reconnaît que forcer une personne à se soumettre à un test d'ADN constitue une atteinte à son intégrité physique, puisque ceci l'oblige à fournir une partie, si infime soit-elle, de son corps⁹². D'autre part, la Cour d'appel conclut sans hésitation à l'existence, au sein du corpus juridique québécois, du droit fondamental de l'enfant de connaître ses parents, en s'appuyant sur l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁹³, ainsi que sur l'article 33 C.c.Q.⁹⁴. En effet, pour la Cour d'appel, « le droit de l'enfant de connaître ses parents, prévu à l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, s'insère parfaitement dans le cadre de l'article 33 du *Code civil du Québec* »⁹⁵. Plus particulièrement, la Cour soutient que les *valeurs* exprimées dans la Convention peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois⁹⁶.

Ensuite, quant à savoir lequel de ces droits devrait primer l'autre, la Cour conclut, tout aussi facilement, de la manière suivante :

91. Sur ce point, nous partageons le point de vue de l'auteure M. Giroux, qui affirme que dans cette affaire, le tribunal « tient en quelque sorte pour acquis qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de connaître ses parents "biologiques" ». Voir M. GIROUX, préc., note 10, 883.

92. *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, par. 33 et 34.

93. Il s'agit d'une convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, Res. A.G. 44/25, ratifiée par le Canada le 11 décembre 1991 et par le Québec le 9 décembre 1991 (Décret 1676-91 du 9 décembre 1991, (1992) 124 G.O. II, 51). L'article 7 de cette Convention énonce notamment que l'enfant a, dès sa naissance, 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. Voir aussi l'article 8 de la Convention, qui précise entre autres que les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité.

94. Rappelons que l'article 33 C.c.Q. se lit ainsi : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et le respect de ses droits ».

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ».

95. *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, par. 37.

96. *Id.* La Cour réfère particulièrement ici à l'arrêt *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[39] Dans le cadre d'une pondération entre le droit de l'intévenant de connaître son père et celui de l'appelant à l'intégrité de sa personne, je n'ai pas d'hésitation à conclure, dans le cas d'espèce, que celui de l'enfant devrait prévaloir.

[...]

[42] Compte tenu que le test d'A.D.N. comporte un degré d'invasion beaucoup moindre que le prélèvement sanguin et vu qu'on a maintenant reconnu le droit fondamental de l'enfant de connaître ses parents biologiques, je crois que le droit de l'enfant doit prévaloir, lorsque les circonstances le commandent. Certes, il ne serait 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; il y a au dossier une telle preuve.⁹⁷

Enfin, la Cour d'appel ne fait que peu de cas de la réticence traditionnelle des tribunaux à émettre une telle ordonnance en raison de l'absence d'une disposition législative les y autorisant. À son avis, comme l'enfant exerce ici un droit fondamental prévalant sur celui du père biologique, la Cour ne peut envisager que les tribunaux demeurent impuissants et ne puissent exiger « la meilleure preuve disponible pour permettre à l'enfant de jouir d'un droit fondamental »⁹⁸. En tout état de cause, la Cour d'appel estime que si une base législative est absolument nécessaire, la combinaison des articles 414 C.p.c., ainsi que des articles 33 et 533 C.c.Q. en constitue certainement une. Cependant, ici aussi le raisonnement du juge Forget concernant la justification de l'ordonnance est très curieux. En effet, tel que l'affirme le juge Proulx dans son importante dissidence, « la loi contient une prohibition très claire et [en] conséquence le jugement entrepris “**viole la loi**”, pour reprendre ici les propos du juge Monet, au nom de la Cour, dans *Droit de la famille — 206* [1986] R.J.Q. 2038, p. 2042 »⁹⁹. Le juge dissident ajoute ceci :

En effet, l'art. 10 du *Code civil du Québec* précise que **nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'une personne** (sans

97. *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, par. 42.

98. *Id.*, par. 45.

99. *Id.*, par. 57 (opinion du juge Proulx, dissident) (caractères gras dans l'original). Voir, dans le même sens, J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 51, p. 656.

son consentement libre et éclairé), **sauf dans les cas prévus par la loi**. Il n'est pas contesté qu'en l'espèce l'ordonnance porte atteinte à l'intégrité de l'appelant. Les tribunaux ne faisant pas fonction de législateur, seule **la loi** peut autoriser une telle atteinte et en l'absence d'une disposition législative c'est le principe de l'inviolabilité qui doit seul guider les tribunaux.¹⁰⁰

Pour notre part, la décision de la Cour d'appel dans *A.P. c. L.D.* consacre nettement une rupture quant au positionnement traditionnel du droit de la filiation face au critère biologique, rupture que nous croyons essentielle d'analyser et de commenter. Plus précisément, cette décision transforme le concept même de « filiation » en une « information sur ses origines biologiques ». Par l'analogie entre ces deux concepts, la Cour d'appel reconnaît implicitement que le lien créé *par la force* entre le prétendu père biologique se refusant à toute paternité et l'enfant ne constitue pas un véritable lien de filiation. Comme le souligne Schorno, la problématique des tests d'ADN « touche en effet le plus souvent des situations où le lien de filiation avec l'enfant n'est pas voulu et est établi, faute de mieux, grâce à l'élément biologique, le seul à même de rattacher l'enfant à un deuxième parent »¹⁰¹. Georges Aubé se questionne d'ailleurs sur la nature de cette « filiation forcée » obtenue à la suite d'une ordonnance judiciaire de prélèvement corporel aux fins d'une analyse d'ADN. Plus particulièrement, il se pose les questions suivantes : « Ce nouveau moyen de preuve contribue-t-il vraiment à l'établissement d'un lien de filiation, dans son sens large, et au rattachement à la famille? »¹⁰² Quant à lui, le juriste français Pierre Murat croit qu'il existe désormais deux droits de la filiation très distincts, qu'il décrit comme suit :

Un droit civil de la filiation, fortement ancré dans le droit privé et hautement institutionnel; un droit « social », très administratif et qui est né de la reconnaissance d'un *droit subjectif* à connaître ses origines que, à l'éclairage de ses sources,

100. *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, par. 58 (caractères gras dans l'original).

101. D. SCHORNO, préc., note 10, p. 81.

102. Georges AUBÉ, « De la légalité et de la légitimité des tests d'ADN pour établir la filiation », (2004) 13(4) *Entracte* 16, 19.

on peut sans doute classer dans les droits de la personnalité. Il existe donc désormais un droit de la filiation purement biologique.¹⁰³

Même si, pour Murat, ce droit subjectif n'existe que dans certaines hypothèses bien particulières, par exemple « celles où une famille de substitution a remplacé une famille par le sang »¹⁰⁴, comme dans le cas de l'adoption, nous estimons cette idée assez intéressante pour questionner la pertinence de son application même en matière de filiation par le sang, où il n'existe pas de « substitution », mais où le lien créé ne sert, en pratique, que de base juridique pour l'obtention d'une pension alimentaire ou encore d'outil de construction identitaire. Chose certaine, il y a lieu de réfléchir à la nature véritable du lien créé entre un adulte et un enfant sur une base strictement biologique, a fortiori lorsque cela va à l'encontre de la volonté du prétendu parent. Au fond, s'il peut paraître légitime que le référent biologique puisse servir de base à une pension alimentaire ou à la construction identitaire, le problème survient lorsque celui-ci équivaut directement au lien filial. Encore une fois, il y a lieu de citer le passage suivant du texte de Pierre Murat :

Mais législativement, cette référence (biologique) n'a pas toujours la même finalité : la vérité dans le droit civil de la filiation n'a pas le même but que la vérité dans le droit de l'accès aux origines. L'une sert de point de repère pour la construction du droit objectif définissant socialement la famille, l'autre sert de fin à un droit subjectif fondé sur une logique identitaire individuelle.¹⁰⁵

Il nous semble que la distinction est bien posée entre le rôle joué par la biologie dans la construction normative du discours de la filiation et celui joué à titre purement « informatif » pour un individu, particulièrement s'il souhaite connaître ses origines biologiques. Or, dans *A.P. c. L.D.*, les

103. Pierre MURAT, « La question de la filiation », dans Françoise DEKEUWER-DÉFOSSÉ et Christine CHOAIN (dir.), *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Paris, Presses universitaires/Septentrion, 2005, p. 67, à la page 76.

104. *Id.*

105. *Id.*, à la page 75.

deux notions semblent tout à fait interchangeables, la connaissance des origines biologiques étant assimilée au lien de filiation. Dans tous les cas, en mettant sur le même pied « filiation » et « droit de connaître » ses parents¹⁰⁶, le droit judiciaire « délégitimise » le concept de filiation, c'est-à-dire qu'il lui enlève toute possibilité de *signifier* quelque chose pour l'individu.

Par ailleurs, puisque la Cour d'appel a reconnu un « droit fondamental de connaître ses parents » et que, pour elle, le terme « parents » sous-entend les « parents biologiques », il y a lieu de se demander ce qu'il adviendra des *limites juridiques* que la loi a érigées à l'encontre d'une toute-puissance biologique, limites que nous avons étudiées plus haut, telle la possession d'état conforme à l'acte de naissance ou la présomption de paternité irréfragable. Quelles peuvent être désormais la valeur juridique et la solidité de ces concepts? Autrement dit, dans l'hypothèse où un enfant souhaiterait rechercher judiciairement son père biologique, alors qu'il découvre que l'homme inscrit à son acte de naissance et qui s'est toujours comporté comme son « vrai » père pour lui et aux yeux de tous n'est pas son « père biologique », que vaudra dorénavant cette possession d'état conforme face au droit fondamental de l'enfant de « connaître l'identité de son père biologique »? Aussi, quel sera l'effet de la reconnaissance d'un tel droit sur les règles relatives à l'adoption¹⁰⁷ ou la procréation assistée¹⁰⁸? Toutes ces questions demeurent encore sans réponse et démontrent que les conséquences d'un tel jugement n'ont manifestement pas été considérées dans toute leur ampleur.

106. Voir aussi les jugements postérieurs à *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, notamment *F.C. c. R.L.*, B.E. 2001BE-302 (C.S.) (« l'intérêt de l'enfant de connaître son père [...] est un droit fondamental »; *L.J.K.*, n° 415-04-00157-017, 8 novembre 2001 (C.S.); *H.M. c. Z.Ma.*, [2003] R.J.Q. 18 (C.A.) (« les droits fondamentaux d'un enfant à l'établissement de sa filiation »).

107. Voir les articles 582 à 584 C.c.Q. qui traitent du caractère confidentiel des dossiers d'adoption.

108. D'une part, selon l'article 538.2 C.c.Q., notons que tout lien de filiation entre l'enfant et l'auteur de l'apport de forces génétiques ne peut être établi, sauf, à certaines conditions, lorsque l'apport s'est fait par relation sexuelle. D'autre part, en vertu de l'article 542, al. 1 C.c.Q., les renseignements nominatifs relatifs à la procréation médicalement assistée sont confidentiels.

La preuve scientifique du lien biologique; l'expertise génétique vue par le législateur. La décision rendue dans *A.P. c. L.D.* a eu comme conséquence la consécration législative, en matière de filiation, du fondement de l'ordonnance judiciaire pour le prélèvement d'une substance corporelle à des fins d'analyse génétique. Plus précisément, moins de deux ans après le jugement de la Cour d'appel dans *A.P. c. L.D.*, la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*¹⁰⁹ a introduit au Code civil l'article 535.1, conférant notamment au tribunal le pouvoir d'ordonner une analyse permettant d'établir la filiation par empreinte génétique¹¹⁰. Cette disposition se lit comme suit :

535.1 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 un 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.

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.

109. Préc., note 63, entrée en vigueur le 13 juin 2002 (art. 21).

110. Précisons d'ailleurs que la permission d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada de la décision rendue dans *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, a été retirée et déclarée sans effet, étant donné l'adoption, dans l'intervalle, de l'article 535.1 C.c.Q. (C.S. Can., 5-11-2002, 28352).

Il importe de souligner que les termes « substance corporelle », « empreinte génétique » ou « corps » figurent pour la première fois au sein du C.c.Q. en matière de filiation, ce qui témoigne également de la tendance « biologisante » dans ce domaine. Par ailleurs, lors de l'étude du projet de loi par la Commission permanente des institutions, en mars 2002, le ministre de la Justice de l'époque, Paul Bégin, affirmait que cette nouvelle disposition ne faisait que consacrer législativement un pouvoir du tribunal reconnu par les développements jurisprudentiels récents¹¹¹. Aussi, il ne justifiait, à toutes fins utiles, l'existence de cette possibilité d'ordonnance judiciaire que par les avancées scientifiques, qui permettent désormais le *plus* avec le *moins*. En effet, le ministre a fait l'affirmation suivante :

Jusqu'à récemment encore, de telles analyses génétiques ne s'effectuaient qu'au moyen de prises de sang, de sorte que les tribunaux hésitaient grandement à ordonner qu'une personne s'y soumette. Tel n'est cependant plus le cas aujourd'hui, puisque de telles analyses peuvent maintenant se faire par des méthodes moins intrusives comme le prélèvement de cheveux, de cellules de l'épiderme ou de salive.¹¹²

Cette modification a donc été adoptée sans réelle difficulté¹¹³. En somme, l'évolution que nous avons relatée en matière de réclamation d'état témoigne incontestablement d'une « biologisation » grandissante du droit de la filiation, particulièrement dans sa version judiciaire, depuis la réforme

111. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2^e sess., 36^e légis., 27 mars 2002, « Consultations particulières sur le projet de loi n^o 50 — *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* (titre modifié) », 9 h 40 (M. Bégin). Ce dernier référerait bien sûr à *A.P. c. L.D.*, préc., note 80, mais aussi à d'autres jugements, comme *F.C. c. R.L.*, préc., note 106.

112. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *id.*

113. *Id.* Voir le point de vue du Barreau du Québec qui, se déclarant « d'accord sur la philosophie qui anime le gouvernement dans cet amendement », n'a soumis que quelques « détails » à l'attention du ministre, selon son expression. Le Barreau estimait qu'il était important qu'en présence d'un titre et d'une possession d'état conformes, le tribunal ne puisse autoriser une preuve d'ADN. Il soutenait également qu'une telle ordonnance portait néanmoins atteinte à l'intégrité de la personne et que, par conséquent, en matière d'établissement de la filiation, une telle ordonnance ne devrait pouvoir être rendue qu'en présence d'une preuve *prima facie*. Voir 10 h.

du droit de la famille de 1980¹¹⁴. Une partie de cette branche du droit a graduellement, mais incontestablement créé une équivalence entre ADN et lien de filiation.

CONCLUSION

L'analyse que nous avons faite dans cet article pousse à nous questionner sur la force normative du droit face à la science qui permet désormais de naturaliser complètement le lien de filiation. Bien que le modèle de filiation en vertu du C.c.B.C. était loin d'être parfait ou, en tous les cas, ne cadrerait plus avec les valeurs actuelles de la société, il n'en demeure pas moins que le droit ne se contentait pas de faire coïncider le juridique et le biologique, mais, au contraire, créait un écart entre les deux, de manière à reconstruire le réel en fonction de valeurs faisant consensus au sein de la société de l'époque. Comme nous l'avons démontré par une analyse de l'évolution du droit de la filiation, cette fonction normative tend à s'estomper de plus en plus depuis la réforme de 1980. D'une part, nous avons pu observer qu'en matière de *contestation* de la filiation, les limites qu'impose le droit à la science demeurent dans l'ensemble solides, même encore récemment. Ainsi, rappelons que la jurisprudence se montre relativement uniforme et n'admet pas, par exemple, qu'une preuve génétique puisse venir « déranger » une filiation assise sur une possession d'état conforme à un acte de naissance. La notion de possession d'état conforme a comme but de préserver tant la stabilité sociale qu'identitaire, objectifs que l'on juge supérieurs à la matérialisation juridique de la stricte vérité biologique. Bien que le concept de possession

114. De nombreux auteurs ont également souligné ce phénomène de biologisation du droit de la filiation. Voir notamment G. AUBÉ, préc., note 102, 19 : « La décision du législateur de recourir aux biotechnologies pour faciliter la preuve d'une filiation est inspirée d'un courant de pensée naturaliste auquel Henri Mbulu oppose la philosophie volontariste du *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau » (les italiques sont de l'auteur); Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Éditions Fayard, 1999, p. 347; P. MURAT, préc., note 103, à la page 74. Voir enfin Alain SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 217 et 218. Discutant de la fonction du juge dans les litiges relatifs à la réclamation d'état, le juriste Alain Supiot affirme que le juge « se trouve ainsi enclin à abdiquer son rôle et à s'en remettre aux éprouvettes pour trancher les conflits de filiation ».

d'état réfère désormais davantage au référent biologique qu'avant la réforme du droit de la famille de 1980, il n'en demeure pas moins que le droit impose des limites véritables et qu'il a, dans ce cas, décidé, jugé. Il a porté un jugement de valeur sur ce que constitue véritablement le lien de filiation, du moins a-t-il décidé que le lien qui comporte certaines caractéristiques, c'est-à-dire une possession d'état conforme à un acte de naissance, est plus « vrai » juridiquement qu'un lien qui ne se base *que* sur le biologique. Le droit a donc mis un frein à la révélation du *fait* biologique, même lorsque la science permet de connaître cette vérité à partir du prélèvement d'un simple cheveu. Il y aura toutefois lieu de vérifier si ce constat tiendra encore longtemps, tel que nous en avons discuté, depuis que le « droit de connaître ses parents » a été reconnu à tout individu et a été intégré dans le corpus juridique québécois.

Là où le droit semble cependant avoir fléchi et la jurisprudence cédé à la pression scientifique est nettement en matière de *réclamation* d'état. À cet égard, la question se pose sans ambiguïté : le droit est-il réduit à n'être que l'« exécutant » des décisions prises par la *science* désormais en mesure de « décrypter » le « mystère de la paternité »¹¹⁵? Comme nous l'avons vu, la percée génétique des années 1990 s'est réalisée à toute vitesse et a emporté dans son sillage d'importantes modifications au sein du droit de la filiation, qui se sont concrétisées par l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q., en 2002. Force est de constater que cette évolution s'est déroulée très rapidement, c'est-à-dire en moins de dix ans, et sans sérieuses embûches. Mais comment expliquer ce phénomène? Tel que nous l'avons démontré, depuis 1980, l'unique limite juridique empêchant une corrélation directe entre biologie et filiation ne relevait que de la dynamique des droits individuels¹¹⁶, et non d'objectifs liés à la nature même du concept de filiation, contrairement à ce qui prévaut en matière de contestation d'état où d'autres critères sont pris en compte, particulièrement dans le

115. Ces expressions sont tirées de l'article de B. M. KNOPPERS et al., préc., note 10.

116. En effet, c'est au nom du droit à l'intégrité physique qu'un enfant ne pouvait contraindre un homme à se soumettre à un prélèvement sanguin, dans le cadre d'une action en réclamation de paternité.

cas d'une possession d'état conforme à un acte de naissance. Par conséquent, puisque désormais, avec l'avènement de la génétique, le droit à l'intégrité physique n'est pratiquement plus menacé, il n'existe plus d'argument juridique valable pour refuser d'utiliser la « meilleure preuve » en matière de réclamation de filiation.

En définitive, comme il n'existe pas de positionnement de fond sur le concept de filiation depuis la réforme du droit de la famille de 1980 et que les contraintes relatives aux droits individuels sont levées, la science a pris la place que le droit lui a concédée. Ainsi, la création du lien de filiation sur une base exclusivement génétique semble aller de soi, le droit ayant perdu toute légitimité pour introduire le « voile des mots » et utiliser son potentiel d'artificialité pour poser des limites sur la vérité brute de la chair. Car c'est bien en effet de la *faculté normative* du droit dont il est question ici. Sa faculté de décider et de juger. Et le droit pourrait l'utiliser. Ce n'est pas parce que la science permet de connaître le géniteur qu'il y a lieu de créer une équivalence directe entre ce résultat et un lien de filiation. Par exemple, le lien génétique pourrait toujours entraîner une obligation alimentaire envers l'enfant, mais pour véritablement établir un lien de filiation, il pourrait être nécessaire que la *volonté* d'être parent soit également présente. Ce sont en tous les cas des pistes à explorer et des configurations nouvelles à trouver, qui vont malheureusement au-delà des limites du présent article¹¹⁷. Au-delà de cet aspect pourtant crucial, la survalorisation du sang et l'équation de plus en plus importante entre filiation et biologie qu'elle préconise tendent à faire miroiter la possibilité que l'individu se construise en dehors des élaborations mythologiques constitutives¹¹⁸, qui font qu'un *corps* devient un *sujet*. En effet, comme le souligne Jean-Claude Guillebaud, l'ADN est désormais présenté comme « une entité déterminante, capable de définir une fois pour toutes l'essence de

117. Dans la conclusion de notre thèse de doctorat, nous esquissons quelques pistes de réflexion pour une reconfiguration éventuelle du droit de la filiation. Voir A.-M. SAVARD, préc., note 9, p. 341 et suiv.

118. Voir Louis ASSIER-ANDRIEU, « Les politiques de la vérité familiale : le droit entre la science et le marché », (2000) 46 *Dr. et soc.* 615.

l'homme»¹¹⁹. Or, la filiation est bien plus qu'une affaire de gènes¹²⁰. La filiation n'est pas un fait brut qui se confond avec la naissance¹²¹, mais au contraire, elle est une *construction de discours* qui arrache l'être humain à son état de nature et le « propulse » dans le système de représentation qu'a mis en place la société pour le faire naître une seconde fois, pour le « parler par avance » et faire fonctionner pour lui le mécanisme de la différenciation¹²². À ce sujet, Pierre Legendre s'exprime ainsi :

Nous sommes devant une question de représentation, donc d'image et de parole, non pas de « viande ». Aujourd'hui, il y a maldonne, car on prétend peu ou prou que la filiation n'est pas une filiation d'images, mais d'essence biologique. Je le répète donc : *la légitimité n'est pas inscrite dans les gènes*, elle est toujours d'ordre symbolique.¹²³

Comme nous l'avons mentionné en introduction, l'on ne saurait cependant nier la tangente volontariste de tout un

119. Jean-Claude GUILLEBAUD, *Le principe d'humanité*, Paris, Éditions du Seuil, 2001, p. 227. Dans Catherine LABRUSSE-RIOU, « La filiation et la médecine moderne », (1986) 38 *R.I.D.C.* 419, l'auteure parle, quant à elle, de « détermination biologique de l'homme ». Voir également F. Ost et ce qu'il appelle le retour à l'état de nature : François OST, *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 294. Enfin, voir Christian SAINT-GERMAIN, *La technologie médicale hors limite; le cas des xénogreffes*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 105, qui affirme que la rupture du droit avec ses sources le rend perméable « à la définition biologisante de l'être humain ».

120. Voir, entre autres, A. ROY, préc., note 83, 246, où l'auteur, discutant de l'ajout de l'article 535.1 C.c.Q., affirme ceci : « Certes, l'intégration législative du test d'ADN pourrait raviver les discussions sur les fondements de la filiation. Dans l'état actuel du droit, la filiation dite "par le sang" n'est pas qu'une simple affaire de gènes ». Voir aussi D. SCHORNO, préc., note 10, p. 94, qui affirme que « sur un plan théorique, l'article 535.1 C.c.Q. contrarie les valeurs intrinsèques du droit québécois en démentant la conception romaniste de la filiation ». Enfin, voir M. GIROUX, préc., note 10.

121. Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident (Leçons IV)*, Paris, Éditions Fayard, 1985, p. 127. Voir aussi F. OST, préc., note 119, p. 64, où l'auteur affirme, en effet, que « le lien du sang ne suffit pas à produire le sujet et qu'il doit être juridiquement travaillé ».

122. Pierre Legendre définit la filiation comme « une construction de discours, une élaboration dogmatique, l'artifice le plus directement lié dans l'humanité aux données immédiates de la reproduction de la vie ». Voir P. LEGENDRE, *id.*, p. 127. Pour une étude du rôle *instituant* de la filiation pour l'individu, voir Anne-Marie SAVARD, « La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique », (2005) 46 *C. de D.* 411.

123. P. LEGENDRE, préc., note 114, p. 310 (nos italiques).

autre segment du droit de la filiation. Nous projetons d'ailleurs d'en faire l'analyse dans un article ultérieur. Au fond, le régime actuel du droit québécois de la filiation ne saurait se montrer plus incohérent, alors qu'il semble accorder autant d'importance à des éléments contradictoires, notamment la génétique et la volonté individuelle. Mais ce double phénomène résulte, à notre avis, de l'incapacité du droit post-1980 à fonder légalement la filiation. Si, à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, le père était le mari de la mère, le *Code civil du Québec*, en supprimant ce fondement en 1980, n'est toujours pas arrivé à le remplacer. Le Code civil actuel ne se prononce plus sur ce qu'est le père. Sur ce point crucial, on ne lui demande pourtant pas la vérité, mais au moins la construction d'un discours — certes plus adapté aux réalités contemporaines —, mais surtout un discours cohérent. D'ailleurs, la vérité dans le droit de la filiation n'a rien à voir avec une quelconque vérité génétique ni même sociale, comme le fait pour un adulte de vouloir un enfant et de s'en occuper, mais relève plutôt de la capacité de la société à mettre cette vérité en signification¹²⁴. Si l'éventail des constructions de discours élaborées par les sociétés est très vaste et que la tradition juridique de droit civil est loin d'offrir le seul modèle possible¹²⁵, « pour [que ces constructions] fonctionnent comme des institutions, il faut qu'elles soient soutenues sans ambiguïté par la loi du groupe, qu'elles soient inscrites fermement dans la structure sociale et correspondent aux représentations locales de la personne et de l'identité »¹²⁶.

Nous terminerons cet article par les propos de Marie-Thérèse Meulders-Klein, qui résume très habilement, à notre

124. Irène THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différences des sexes*, Issy-les-Moulineaux, ESF éditeur, 2000, p. 109, à la page 129.

125. À ce titre, Laurence DEPRET, « Une origine du droit de la famille en Europe : la mythologie grecque », dans Roland GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 55, à la page 59, souligne avec justesse que « la filiation est un concept universel, diversement modulé par le droit ».

126. Françoise HÉRITIER, *Masculin / Féminin II Dissoudre la hiérarchie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2002, p. 217.

avis, l'enjeu principal auquel le droit de la filiation sera confronté au cours des prochaines années :

Si performants que soient les moyens de preuve désormais disponibles pour atteindre la vérité objective de la filiation, l'établissement légal de celle-ci fera toujours, envers et contre tout, l'objet de *choix fondamentaux* quant aux éléments qui doivent servir de base à la parenté en fonction de *valeurs* et d'*intérêts* jugés prépondérants selon les temps et les lieux.¹²⁷

Il est là le défi, en effet. Il ne réside pas dans la recherche de la filiation « la plus certaine », désormais scientifiquement accessible, mais plutôt dans celle de la filiation « la plus souhaitable » en droit et dans le choix du poids respectif à accorder aux différents éléments constitutifs de la filiation, c'est-à-dire surtout le sang et la volonté individuelle. Mais encore faudra-t-il que le pouvoir législatif accepte de se saisir de l'immense question suivante : que voulons-nous nommer un parent? Tout est là.

Anne-Marie Savard
Faculté de droit
Université de Sherbrooke
Pavillon Albert-Leblanc
2500, boul. Université, bureau A-9 213
Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Téléphone : 819 821-8000, poste 65567
Télécopieur : 819 821-7578
Anne-Marie.Savard2@USherbrooke.ca

127. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes? », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les Droits de l'Homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 397, à la page 423 (nos italiques). Voir, dans le même sens, G. AUBÉ, préc., note 102, 17, qui estime que « [c]e qui détermine la filiation et les droits en découlant ne relèverait pas tant de la nature ou de la biologie mais du contrat social ».