

Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et en droit québécois

Marie Pratte et Élisabeth Monjal

Volume 18, numéro 2, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058708ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058708ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pratte, M. & Monjal, É. (1987). Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et en droit québécois. *Revue générale de droit*, 18(2), 421–443.
<https://doi.org/10.7202/1058708ar>

Résumé de l'article

Tant en France qu'au Québec, le droit de la filiation se transforme. La présomption de paternité et de légitimité, autrefois pivot des règles de la filiation, ne joue plus ce premier rôle. On considère en effet aujourd'hui que la filiation juridique doit, dans la mesure du possible, correspondre à la vérité biologique; or trop souvent, la présomption de paternité masquait cette réalité. Elle perd donc maintenant de l'importance. On constate en effet, tant en France qu'au Québec, une dévalorisation de la présomption de paternité, justifiée par la recherche de la vérité. L'étude comparative de cette question est l'objet de cet article. On y analyse la valeur du principe de vérité biologique comme base de la filiation juridique ainsi que son influence, en France et au Québec, sur la présomption de paternité.

DROIT COMPARÉ

Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et en droit québécois *

MARIE PRATTE

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa
et

ÉLIZABETH MONJAL

Professeur à l'Université de Paris I

RÉSUMÉ

Tant en France qu'au Québec, le droit de la filiation se transforme. La présomption de paternité et de légitimité, autrefois pivot des règles de la filiation, ne joue plus ce premier rôle. On considère en effet aujourd'hui que la filiation juridique doit, dans la mesure du possible, correspondre à la vérité biologique; or trop souvent, la présomption de paternité masquait cette réalité. Elle perd donc maintenant de l'importance. On constate en effet, tant en France qu'au Québec, une dévalorisation de la présomption de paternité, justifiée par la recherche de la vérité. L'étude comparative de cette question est l'objet de cet article. On y analyse la valeur du principe de vérité biologique comme base de la

ABSTRACT

In Québec as in France, filiation law is undergoing a transformation. The presumption of paternity and of legitimacy, while stemming from filiation rules, no longer plays the primary role it once did. In effect, at present we believe that legal filiation must whenever possible correspond to a biological reality; however, too often the presumption of paternity masks this reality. It therefore loses its importance. In Québec like France, a depreciation of the presumption of paternity due to a search for the biological truth, has occurred. The aim of this article is the comparative study of this question. The authors analyse the validity of the principle of a biological truth as a basis to legal

* La rédaction du présent article a été terminée à l'automne 1986.

filiation juridique ainsi que son influence, en France et au Québec, sur la présomption de paternité.

filiation, and also its influence to the presumption of paternity in France and in Québec.

SOMMAIRE

Introduction	423
I. La dévalorisation de la présomption de paternité du mari	424
A. La réduction du domaine d'application de la présomption de paternité	424
1. Les dispositions communes	425
2. Les divergences	425
B. L'élargissement des possibilités de contestation de la présomption de paternité par la mère et son mari	427
1. L'assouplissement de l'action en désaveu de paternité	427
a) Les cas d'ouverture	427
b) La mise en œuvre de l'action en désaveu : l'allongement des délais de prescription de l'action	429
2. La nouveauté : l'action en contestation attribuée à la mère	429
C. L'évolution des possibilités de contestation de la paternité du mari	430
1. Le principe général de contestation fondé sur la recherche de la vérité biologique	431
2. Les difficultés d'application	432
II. La promotion de la vérité biologique	434
A. Un principe séduisant	435
1. La généralité du principe	435
2. Les principes contenant la vérité biologique.....	436
B. Les difficultés de mise en œuvre	437
1. Les limites juridiques	437
a) Les difficultés d'interprétation	437
b) De nouvelles interprétations	438
c) Les difficultés d'application	439
2. Les limites sociales	441
Conclusion	442

INTRODUCTION

1. Dire que la filiation véritable est la filiation biologique, c'est constater un fait de la nature. Pourtant, le droit s'est longtemps montré réticent à consacrer l'évidence. Dans les codes civils français de 1804 et du Bas-Canada de 1866, la réalité biologique était souvent camouflée par une filiation juridique mensongère qui privilégiait d'autres valeurs. Parmi celles-ci, la protection de la famille créée par le mariage était essentielle. La poursuite de cet objectif déterminait l'ensemble des règles qui favorisaient la cohésion familiale : un seul couple, le ménage légitime, une seule filiation, celle issue du mariage¹. Cette filiation reposait essentiellement sur la présomption de paternité légitime, qui rattachait au mari d'une femme mariée tous les enfants nés de celle-ci². « Pour la paix des familles et le bon ordre de la société, la crainte du scandale bâillonnait parfois la vérité³. »

2. L'évolution de la société et l'apparition de lois libérales⁴ ont modifié le paysage familial dans une perspective individualiste. La rigidité première a fait place à la tolérance, puis à l'acceptation d'autres modes de vie qui appelaient des réformes du droit de la filiation. En France, la loi du 3 janvier 1972 a refondu les règles en cette matière. Au Québec, c'est dans le cadre d'une réforme globale du droit de la famille,

1. Le droit québécois reconnaissait l'existence de la filiation naturelle; ses effets surtout avant 1970, étaient toutefois très limités. Voir les articles 237 à 241 *C.c.B.-C.*, abrogés. J.-L. BAUDOUIN, « Examen critique de la situation de l'enfant naturel », (1966) 12 *McGill L.J.* 157; L. LEBEL, « De la condition des enfants naturels en droit français et québécois », (1962) 10 *C. de D.* 79; J. PINEAU, La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *Thémis* 209.

2. En droit québécois, l'article 218 *C.c.B.-C.* énonçait ceci : « L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari [...] » Le principe était le même en droit français. En effet, l'article 312 *C. civ. fr.* débutait ainsi : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari [...] ». Dans les deux droits cette présomption jouait même si l'acte de naissance indiquait un père autre que le mari. Elle ne pouvait être repoussée qu'au moyen de l'action en désaveu dont le mari était le seul titulaire.

3. G. CORNU, « La filiation », dans *Réformes du droit de la famille*, (1975) 20 *Arch. de Phil.*, p. 29.

4. Il en est ainsi des lois sur le divorce. Au Canada, la première loi fédérale, d'application générale, sur le divorce date de 1968. Elle a été remplacée récemment par la *Loi sur le divorce de 1985*, S.C. 1986, ch. 4, entrée en vigueur le 1^{er} juin 1986. Cette nouvelle loi facilite considérablement l'accès au divorce. En France, la loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce supprimé en 1816. « L'évolution postérieure fut marquée par une facilité croissante. Elle se fit moins sous l'action de la législation que sous l'action de la jurisprudence (interprétation extensive de la notion d'injure grave, cause de divorce). Il y eut, sous le gouvernement de Vichy, par une loi du 2 avril 1941, une tentative de réaction. Tentative éphémère : à la libération, une ordonnance du 12 avril 1947 vint annuler la loi de 1941, en ne retenant qu'un petit nombre des rétrécissements qu'elle avait apportés. » J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, 4^e éd., Paris, PUF, « Thémis », 1962, p. 402.

opérée en 1980, que le droit de la filiation a été modifié. Malgré un léger décalage dans le temps, les législateurs ont été guidés par les mêmes principes : l'égalité des enfants « quelles que soient les circonstances de leur naissance »⁵ et la vérité biologique de la filiation.

3. Toutefois, parce que plus récente, la loi québécoise est allée plus loin dans la mise en œuvre des principes. Là où le législateur français s'est contenté de reconnaître deux filiations, légitime et naturelle⁶, la loi québécoise a instauré une parfaite égalité entre les enfants⁷, allant jusqu'à supprimer la notion même de légitimité. C'est pourquoi, tout en adoptant les mêmes modes de preuve du lien de filiation : titre — possession d'état — reconnaissance — présomption de paternité, ils leur ont attribué des rôles différents. Ainsi, tandis que pour le droit français le dernier mode de preuve est à la fois une présomption de paternité et de légitimité, il n'est qu'une présomption de paternité en droit québécois⁸.

4. Après quelques années d'application, les différences se sont estompées. Ce rapprochement est dû en grande partie à la liberté que se sont octroyés les tribunaux français dans l'interprétation des textes⁹. Ils n'ont pas cessé de donner au principe de la vérité biologique une place plus importante que celle que le législateur lui avait initialement accordée.

5. Aujourd'hui, l'état actuel du droit positif de la filiation en France est globalement le même que celui du droit québécois. La recherche du véritable lien de filiation et la volonté de supprimer une quelconque hiérarchie entre les enfants ont abouti à réduire la portée et à modifier le rôle de la présomption de paternité.

Aussi constate-t-on, tant en France qu'au Québec, une dévalorisation de la présomption de paternité I), justifiée par la recherche de la vérité biologique II).

I. LA DÉVALORISATION DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ DU MARI

A. LA RÉDUCTION DU DOMAINE D'APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ

6. Animées par le même souci d'assurer la plus grande vraisemblance dans l'établissement de la filiation paternelle en mariage, les deux réformes ont attribué une portée identique à la présomption *pater is est*

5. Article 572 C.c.Q.

6. Voir à ce sujet les articles 311 à 342-8 du Titre VII du *Code civil français*. P. RAYNAUD, « Les deux familles », *Mélanges de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 63.

7. Article 594 C.c.Q.

8. Comparer l'article 574 du *Code civil du Québec* avec les articles 312, 314 et suiv. C. civ. fr.

9. *Infra*, par. 23.

quem nuptiae demonstrant. Elle s'applique à tout enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours de sa dissolution ou de son annulation¹⁰. Traditionnellement, ce délai correspond à la durée maximale de la période légale de grossesse¹¹.

En revanche, les textes diffèrent lorsqu'ils écartent la présomption de paternité. Malgré quelques dispositions communes 1), le droit français est plus précis et plus réaliste. Pour écarter la présomption, plus nombreuses sont, chez lui, les situations envisagées où la paternité apparaît vraisemblablement fausse 2).

1. Les dispositions communes

7. Les deux droits éliminent donc la présomption quand l'enfant naît plus de trois cents jours après la dissolution ou l'annulation du mariage¹². Dans ce cas, la loi estime que l'enfant a été conçu hors mariage et que le mari ne peut en être le père.

À cette situation est assimilée celle de la séparation de corps¹³. Une fois le jugement prononcé, certes le mariage et l'obligation de fidélité subsistent, mais les époux sont dispensés de l'obligation de faire vie commune. Il n'est donc plus plausible que le mari soit le père d'un enfant né plus de trois cents jours après un tel jugement, sauf s'il y a eu reprise de la vie commune ou réconciliation¹⁴.

Les rapprochements s'arrêtent là et chaque droit a adopté d'autres dispositions pour éviter les paternités fictives.

2. Les divergences

8. En écartant la présomption de paternité dans bon nombre de situations, les droits français et québécois ont tenté d'éliminer les invraisemblances que son application automatique pouvait créer. Seul le droit français semble toutefois avoir atteint cet objectif.

10. Article 574 C.c.Q. ; articles 312 al. 1 et 315 C. civ. fr.

11. J. ROUSSIER, « La durée normale de la grossesse », *Mélanges H. Lévy-Bruhl, Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1959, p. 245.

12. *Supra*, note 10.

13. Article 575 C.c.Q., article 313 al. 1 C. civ. fr.

14. L'article 575 C.c.Q. prévoit que malgré le jugement de séparation de corps, la présomption de paternité jouera contre le mari de la mère si les époux ont repris la vie commune avant la naissance de l'enfant. L'article 313 al. 1 C. civ. fr. énonce plutôt ceci : « En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. »

Ainsi, lorsqu'une ordonnance de résidence séparée est rendue dans une procédure en divorce ou en séparation de corps, la présomption ne s'applique pas, en droit français, à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance. Elle ne joue pas non plus lorsque moins de cent quatre-vingts jours se sont écoulés depuis le rejet définitif de la demande en divorce ou en séparation de corps, car l'enfant a été conçu lorsque les époux vivaient séparément¹⁵.

Le droit québécois, qui pourtant délie les époux de l'obligation de faire vie commune dès la demande en séparation de corps¹⁶, ne prévoit pas une telle disposition. La présomption jouera donc jusqu'au jugement, et trois cents jours après le prononcé de celui-ci, même si la paternité du mari est alors discutable¹⁷.

En droit français, la présomption de paternité ne s'applique pas non plus « quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère »¹⁸. Est visée ici l'hypothèse de la séparation de fait des époux. L'enfant n'a ni titre ni possession d'état d'enfant légitime. Pour le droit français, c'est un enfant naturel né d'un adultère.

Enfin, l'article 315 *C. civ. fr.* prévoit qu'« en cas d'absence déclarée du mari, l'enfant né plus de trois cents jours après la disparition » n'est pas couvert par la présomption. Au Québec, le *Code civil* est muet sur ce point. On peut croire à un oubli qui mérite réparation.

9. D'autre part le *Code civil* québécois prévoit une disposition inconnue du droit français. L'article 576 *C.c.Q.* règle un conflit de filiation lorsque l'enfant naît dans les trois cents jours de la dissolution ou de l'annulation du premier mariage, mais après le remariage de sa mère. On a choisi ici la solution la plus vraisemblable en attribuant la paternité au second mari. Cette mesure était inutile en droit français. Le délai de viduité de trois cents jours imposé à la femme après la dissolution de son mariage empêche en effet la création d'un tel conflit¹⁹.

10. La réduction du domaine d'application de la présomption de paternité témoigne bien de la dévalorisation de la présomption de paternité du mari. Toutefois, elle n'en est pas la seule manifestation. Elle s'accompagne d'un élargissement des possibilités de contestation de cette présomption.

15. Article 313 al. 1 *C. civ. fr.*

16. Article 529 *C.c.Q.*

17. Article 574 et 575 *C.c.Q.*

18. Article 313.1 *C. civ. fr.*

19. Article 228 *C. civ. fr.*

**B. L'ÉLARGISSEMENT DES POSSIBILITÉS DE CONTESTATION
DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ PAR LA
MÈRE ET SON MARI**

11. Traditionnellement, tant en droit français que québécois, le mari avait le monopole de la contestation de la paternité qu'on lui attribuait. Il repoussait la présomption de paternité par l'exercice de l'action en désaveu de paternité, enfermée dans des délais très brefs et soumis à des cas d'ouverture limités²⁰. La puissance paternelle, l'intérêt de l'enfant à la légitimité et le maintien de la paix des familles justifiaient la rigidité de ces conditions. Aujourd'hui, tout autres sont les préoccupations du législateur. L'égalité des conjoints dans le couple et des enfants entre eux permet de dévoiler la vérité biologique de la filiation.

12. Sur le plan juridique, cette évolution s'est traduite dans les deux droits par un assouplissement des conditions d'exercice de l'action en désaveu de paternité 1) et par la création d'une action en contestation au profit de la mère 2). Cependant, le droit québécois, soucieux d'instaurer une totale égalité entre les conjoints, a parfaitement bilatéralisé les possibilités de contestation de la paternité du mari. En revanche, la réforme du droit français, de huit ans antérieure, s'est montrée moins sensible aux exigences égalitaires des conjoints. Les textes français de 1972 établissent des distinctions inconnues du droit québécois. Ce dernier apparaît donc plus clair et plus concis.

1. L'assouplissement de l'action en désaveu de paternité

13. Les réformes française et québécoise du droit de la filiation ont, à des degrés divers, libéré l'action en désaveu du régime strict auquel elle était soumise. Les situations où il est possible d'exercer le désaveu sont plus nombreuses qu'autrefois et le délai accordé pour intenter l'action est plus long.

a) Les cas d'ouverture

14. En droit québécois, l'action en désaveu est maintenant ouverte de façon générale. Il suffit que le mari démontre qu'il n'est pas le père de l'enfant²¹. À première vue, la situation est la même en droit français : « Le mari pourra désavouer l'enfant en justice s'il justifie de faits propres à

20. Articles 218 à 227 *C.c.B.-C.* abrogés. Articles 312 à 318 *C. civ. fr.* ancien.

21. Article 585 *C.c.Q.*

démontrer qu'il ne peut pas en être le père »²². Mais ce principe général s'accompagne en droit français de trois autres règles qui visent des situations particulières.

- Le désaveu par simple dénégation²³ : le mari pourra désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage sur la seule preuve de la date de l'accouchement. La présomption de paternité est ici plus fragile car l'enfant a été conçu avant le mariage²⁴.
- Le désaveu défensif²⁵ : ce désaveu est exercé par le mari d'une femme mariée en défense à une action en réclamation d'état d'enfant légitime intentée contre elle²⁶.
- Le désaveu préventif²⁷ : ce désaveu est exercé préventivement par le mari d'une femme mariée, sans attendre qu'une action en réclamation d'état d'enfant légitime soit intentée contre elle.

L'utilité des désaveux préventif et défensif est évidente : le succès d'une action en réclamation d'état exercée contre une femme mariée déclenche automatiquement le jeu de la présomption de paternité²⁸, le mari a donc intérêt à démontrer le plus tôt possible qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Cet assouplissement des possibilités d'agir en désaveu s'est répercuté sur leur mise en œuvre. Le délai de prescription de l'action a en effet été allongé.

22. Article 312 al. 2 *C. civ. fr.*

23. Article 314 al. 3 *C. civ. fr.*

24. Cette forme de désaveu n'existe pas en droit québécois. La force de la présomption est la même pour tout enfant né dans le mariage qu'il ait été conçu pendant ou avant le mariage. Article 574 *C.c.Q.*

25. Article 325 al. 2 *C. civ. fr.*

26. Le désaveu défensif n'est pas prévu expressément en droit québécois. Il semble toutefois que « le mari de la mère défenderesse dans une action cherchant à établir la filiation maternelle aurait intérêt à être mis en cause afin précisément d'éviter une paternité douteuse ; il serait alors en mesure de contester une paternité susceptible de lui échoir ». J. PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 228.

27. Article 326 *C. civ. fr.*

28. En droit québécois, selon le professeur Jean PINEAU, il ne semble pas possible que le mari démontre lui-même la filiation maternelle et l'absence de filiation paternelle, sans attendre que ne soit exercée une action en réclamation d'état. Il est vrai que « le droit d'hier le permettait : c'est ce qu'on appelait le désaveu préventif, destiné à empêcher le dépérissement des preuves [...]. Dans le droit actuel [cependant], l'article 589 *C.c.Q.* nous paraît refuser au mari un tel recours : seuls l'enfant et les parents y sont mentionnés : c'est dire que l'action ne peut être intentée par aucune autre personne ». J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 228.

b) *La mise en œuvre de l'action en désaveu :
l'allongement des délais de prescription de
l'action*

16. Ces délais, autrefois de un ou deux mois²⁹, sont passés à six mois en droit français et à un an en droit québécois. Au Québec, le point de départ du délai est fixé au jour où le mari a eu connaissance de la naissance³⁰. En France, le point de départ du délai dépend de la nature du désaveu. Dans le cas du désaveu préventif, le délai court à compter du jour où le mari a eu connaissance de la naissance³¹. Pour le désaveu « de droit commun » et le désaveu par simple dénégation³², le point de départ du délai varie selon que le mari est présent ou non lors de la naissance, ou que celle-ci lui a été ou non cachée. Quant au désaveu défensif³³, le délai court à compter du jour où le mari a connaissance du jugement passé en force de chose jugée accueillant l'action en réclamation d'état de l'enfant.

2. La nouveauté : l'action en contestation attribuée à la mère

17. Comme nous l'avons déjà signalé, les deux réformes ont étendu à la mère la faculté de contester la paternité de son mari. Cette nouvelle action n'a pas été acceptée sans réticence. On a notamment soutenu que la mère ne pouvait se prévaloir de son adultère sans heurter la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*³⁴. On a aussi avancé que l'intérêt de l'enfant n'était plus sauvegardé : pourquoi permettre à la mère de contester une paternité apparemment acceptée par le mari³⁵?

29. En droit québécois, le délai pour intenter l'action en désaveu était de deux mois, article 223 *C.c.B.-C.* abrogé. En droit français, le délai était d'un mois s'il se trouvait sur les lieux de la naissance de l'enfant, et de deux mois, s'il était absent lors de la naissance ou si celle-ci lui avait été cachée, art. 316 *C. civ. fr.* ancien.

30. Article 581 *C.c.Q.*

31. Article 326 *C. civ. fr.*

32. Article 316 *C. civ. fr.*

33. Article 325 al. 2 *C. civ. fr.*

34. M.D. CASTELLI, « Observations sur le rapport de la famille », (1975) 16 *C. de D.* 665; E. CAPARROS, Mémoire présenté en commission parlementaire lors de l'étude des propositions de l'Office de révision du Code civil, *Journal des débats*, 4^e session, 31^e législature, Commission permanente de la Justice, Présentation de mémoires sur la réforme du droit de la famille, 27 mars 1979, n° 24, p. B-1168; A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, 5^e édition, Paris, Précis Dalloz, 1983, n° 560, p. 547.

35. A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, *supra*, note 34, p. 548.

18. Si le droit québécois a fait fi de ces objections en accordant à la mère une action identique à celle du mari ³⁶, le droit français n'a pas été si audacieux. La mère ne peut contredire la paternité de son mari qu'aux fins de légitimation; elle doit donc s'être remariée avec le véritable père de l'enfant et introduire l'action dans les six mois de ce remariage ³⁷.

En droit français, on a donc autorisé la « perte » d'une filiation légitime à condition qu'une autre filiation de même nature lui soit substituée. La notion de légitimité ayant disparu du droit québécois, une telle condition n'avait pas de raison d'être.

De plus, le législateur français a voulu limiter les perturbations sociales et psychologiques provoquées chez l'enfant par un changement de lien de filiation paternelle, en prohibant l'exercice de l'action en contestation par la mère après que l'enfant atteint l'âge de sept ans ³⁸. Là encore cette condition était superflue en droit québécois, puisque la mère ne peut contester la paternité du père présumé que dans l'année qui suit la naissance de l'enfant ³⁹.

19. Tant en France qu'au Québec, ces recours réservés aux conjoints peuvent être exercés même si l'enfant a un titre et une possession d'état conformes. Il s'agit là d'un droit exceptionnel car, en principe, la filiation qui bénéficie d'une telle conformité est inattaquable ⁴⁰. Cette analogie illustre certes la convergence des deux systèmes juridiques mais elle est l'œuvre d'artisans différents. Au Québec, le législateur, à l'article 587 C.c.Q., a clairement énoncé ce principe, alors qu'il a été formulé en France par la Cour de cassation ⁴⁰. Cette même dualité caractérise l'évolution des possibilités de contestation de la paternité du mari.

C. L'ÉVOLUTION DES POSSIBILITÉS DE CONTESTATION DE LA PATERNITÉ DU MARI

20. Si la paternité du mari est en principe incontestable en cas de conformité du titre et de la possession d'état, elle apparaît plus douteuse lorsque cette conformité fait défaut ou lorsque le lien de filiation est établi par le seul titre ou la seule possession d'état. En ouvrant les possibilités de contestation de la paternité du mari, les tribunaux et législateurs ont reconnu cette fragilité et développé une nouvelle « politique de filiation » ⁴² axée sur la recherche de la vérité biologique. Aussi valable que soit le principe 1), son application présente toutefois des difficultés 2).

36. Article 582 C.c.Q.

37. Article 318 à 318.2 C. civ. fr.

38. Article 318.1 al. 2 C. civ. fr.

39. Article 582 C.c.Q.

40. Article 587 C.c.Q., article 322 C. civ. fr.

41. Civ. 1^{re}, 16 fév 1977 (2 arrêts), J.C.P. 1977. II. 18663; D.S. 1977. 328. note D. HUET-WEILLER.

42. G. CORNU, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 36.

1. Le principe général de contestation fondé sur la recherche de la vérité biologique

21. Aujourd'hui, les deux systèmes juridiques admettent l'existence d'une action générale en contestation de la paternité du mari en cas de non-conformité du titre et de la possession d'état⁴³. Le mérite en revient aux tribunaux qui les premiers ont accepté une telle possibilité, au Québec d'abord, en France ensuite.

22. C'est à l'occasion de demandes alimentaires ou de garde d'enfants que la jurisprudence québécoise des années 70⁴⁴ a permis l'établissement du lien de filiation unissant l'enfant présumé légitime à un autre homme que le mari de sa mère, son père biologique.

Certes le climat social de l'époque conduisait au rejet des filiations fictives, mais il est vrai aussi que certains textes du *Code civil du Bas-Canada* pouvaient inciter les tribunaux à adopter une telle position⁴⁵. Celle-ci contredisait toutefois les articles 218 et 226 *C.c.B.-C.* et ne semblait pas correspondre à l'intention des codificateurs⁴⁶.

La situation se modifia lors de la réforme du droit de la famille de 1980, qui a supprimé la notion de légitimité. Il a alors paru normal de consacrer explicitement l'interprétation jurisprudentielle et même de la dépasser, en autorisant à tout moment la contestation par tout intéressé de la filiation tant paternelle que maternelle de l'enfant dont acte de naissance et possession d'état ne concordent pas⁴⁷. Ainsi, dans le cas

43. Article 588 *C.c.Q.*; *Civ. 1^{re}*, 27 février 1985 (2 arrêts) *D.* 1985. 265. note CORNU. *J.C.P.* 1985. II. 20460. note FORTIS-MONJAL et PAIRE; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droits de famille », (1985) 84 *Rev. trim. dr. Civ.*, 355.

44. La Cour supérieure du Québec avait déjà décidé en ce sens au début du siècle dans l'affaire *Charest c. Asbestos Mines*, (1929) 32 R.L. 416 (C.S.); Le raisonnement a été repris cinquante ans plus tard dans les décisions suivantes : *Laruite c. Latreille*, [1973] C.S. 314; *Belensky c. Beaudet*, [1974] C.S. 435; *Brault c. Kenny*, [1976] C.S. 1640, conf. par [1979] C.A. 42; *Cyr-Butterfield c. Picard*, [1979] C.S. 387; *Contra* : *Massie c. Carrière*, [1972] C.S. 735; *Champagne c. Matte*, [1973] C.S. 926; *Bolduc c. Lalancette-St-Pierre*, [1976] C.S. 41.

45. Articles 231, 237 et 241 *C.c.B.-C.* abrogés.

46. Dans leur rapport, les codificateurs déclarent en effet que l'article 226, « qui est nouveau, est la conclusion des articles précédents et est fondé sur la raison déjà donnée qu'il doit y avoir un terme après lequel l'état de l'enfant doit cesser d'être attaquant ». *Code civil du Bas-Canada*, vol. 1., 2^e rapport, G. DESBARATS, Québec, 1865, p. 198. Le problème de l'établissement de la filiation adultérine d'un enfant présumé légitime a été l'objet de nombreuses études en droit québécois : R. JOYAL-POUPART, « Vérité juridique c. Vérité biologique », (1973) 8 *R.J.T.* 157; J. PINEAU, « Chronique méchante de méchante législation », (1971) 6 *R.J.T.* 359; *id.*, « Jugement inédit », (1975) 10 *R.J.T.* 561. G. MURE, « Du caractère absolu ou relatif de la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* de l'article 218 du Code civil », (1979) 39 *R. du B.* 635; A. BISSON, « Chronique »; (1974) 34 *R. du B.* 380; P. LEMIEUX, « L'enfant légitime et son père naturel : *Léo Kenny v. Huguette Brault*, 1979 C.A. 42 », (1979) 10 *R.G.D.* 515.

47. Article 588 *C.c.Q.*

d'un enfant couvert par la présomption de paternité, le succès de pareille action conduit à éliminer cette présomption.

23. On aboutit au même résultat en droit positif français en interprétant *a contrario* l'article 322 alinéa 2 *C. civ. fr.*, selon lequel « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ». La première Chambre civile de la Cour de cassation a récemment créé une nouvelle action en contestation directe de paternité légitime lorsque l'enfant ne dispose pas de titre et de possession d'état conformes⁴⁸. Elle peut être exercée par tout intéressé et est soumise au délai de prescription trentenaire⁴⁹. Contrairement à la situation québécoise, le législateur n'a aucunement confirmé cette interprétation prétorienne.

Loin d'avoir reçu en France l'assentiment du législateur, cette action est en contradiction totale avec la lettre des textes de 1972 qui limite les possibilités de contestation de la paternité légitime⁵⁰. Elle s'intègre mal dans l'ensemble des règles du *Code civil* portant sur les actions relatives à la filiation. Ceci illustre les difficultés qui peuvent se présenter lorsqu'une action générale en contestation coexiste avec des actions spécifiques à titulaires déterminés.

2. Les difficultés d'application

24. La principale difficulté concerne la compatibilité entre cette action générale et les actions réservées aux parents. On sait que la mère et son mari disposent chacun d'une action destinée à combattre la présomption de paternité et soumise à des conditions strictes. Peuvent-ils aussi exercer l'action générale de l'article 588 *C.c.Q.* ou de l'article 322 alinéa 2 *C. civ. fr.*? Ils bénéficieraient alors d'un délai de prescription plus long et de conditions assouplies.

En droit français, la réponse est incontestablement affirmative. Dans les deux affaires qui ont donné lieu aux arrêts de principe de 1985, une action a été intentée par la mère légitime et l'autre par le présumé père⁵¹.

En droit québécois, la question est pour l'instant sans réponse. L'article 588 *C.c.Q.* qui permet « à toute personne intéressée de contester à tout moment la filiation de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à l'acte de naissance » ne semble pas faire obstacle au cumul. Mais, il est possible qu'en fixant à un an le délai des actions en désaveu et en contestation de paternité, le législateur ait voulu limiter la période

48. *Supra*, note 41.

49. Article 311.7 *C. civ. fr.*

50. *Supra*, par. 14 et 18.

51. *Supra*, note 41.

pendant laquelle la mère et son mari pouvaient priver l'enfant d'une filiation paternelle sans espoir prochain de remplacement ⁵².

On s'interroge donc au Québec sur l'opportunité de donner à la mère et à son mari « deux recours distincts pour aboutir à un résultat unique : renverser la filiation paternelle déjà établie » ⁵³. En France, la Cour de cassation a répondu à cette objection en affirmant que « cette action directe en contestation de paternité légitime ne saurait priver de toute utilité les actions plus spécifiques que la loi a prévues à cette fin [...] puisqu'il est possible d'y recourir [...] même dans les cas où il y a conjonction du titre et de la possession d'état » ⁵⁴.

Sans nier le double emploi, la Cour de cassation attribue donc à chaque action un domaine distinct. En cas de conformité du titre et de la possession d'état, la filiation est plus résistante, seuls la mère et son mari peuvent agir en contestation de paternité ou en désaveu. En cas de discordance, la filiation est plus fragile, ils bénéficient de plus de cette action générale en contestation de filiation.

25. Mais ils n'en sont pas les seuls titulaires, puisque cette action n'est pas attitrée. Le fait que toute personne intéressée puisse contester une filiation paternelle n'est d'ailleurs pas sans présenter quelques difficultés.

Quelles sont ces autres personnes susceptibles d'agir en contestation de filiation? Au premier chef, l'enfant et l'amant de la mère. Généralement ce dernier contestera la paternité du mari dans le but de faire établir sa propre paternité et d'offrir ainsi à l'enfant une filiation de remplacement. Cette nouvelle filiation n'est pas assurée lorsque l'enfant prend l'initiative de l'action, mais n'est-il pas seul juge de son intérêt?

26. En plus de l'action générale, le droit français offre à l'enfant et à l'amant une autre action en contestation de paternité légitime fondée sur l'article 334-9 *C. Civ. fr.* interprété *a contrario* ⁵⁵. Dans cette hypothèse, la reconnaissance faite par celui qui se prétend le père biologique est valable, l'action en recherche de paternité intentée par l'enfant est recevable quand celui-ci a une filiation légitime non établie par la

52. Dans l'affaire *Droit de la famille 244*, C.S. St-François 450-04-000395-854, 1985-10-10, J.E. 85-1008, la Cour supérieure du Québec semble affirmer que le père présumé et la mère peuvent contester la paternité du mari au moyen de l'action en contestation d'état prévue à l'article 588. Le jugement est toutefois assez elliptique. Les auteurs québécois considèrent que le père présumé et la mère ne peuvent contester la présomption de paternité au moyen de l'action en contestation d'état : J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 224; S. PILON, *La nouvelle législation en matière familiale au Québec*, Montréal, Les éditions Yvon Blais, p. 75.

53. J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 224.

54. *Supra*, note 41.

55. *Civ. 1^{re}, 9 juin 1976*, D. 1976. 593. note RAYNAUD; J.C.P. 1976. II. 18494. note CORNU.

possession d'état. Il y a alors création immédiate d'un conflit de filiation qui sera tranché par le juge suivant les règles de l'article 311-12 *C. civ. fr.*⁵⁶. L'article 334.9 *C. civ. fr.* présente deux différences notables avec l'action générale en contestation. Il exige l'absence de possession d'état d'enfant légitime alors que l'action fondée sur l'article 322 al. 2 *C. civ. fr.* ne parle que de non-conformité du titre et de la possession d'état. De plus, il attribue nécessairement une filiation à l'enfant, ce qui n'est pas le cas de l'action générale.

27. Outre l'enfant et son père biologique, des intéressés plus occasionnels peuvent aujourd'hui remettre en cause la paternité du mari : héritiers du mari désirant écarter un concurrent, compagnie d'assurance voulant exclure un réclamant... Dans ces cas, l'intérêt est pécuniaire et ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt de l'enfant. N'aurait-il pas été souhaitable d'attribuer le droit d'action avec parcimonie et d'exclure les tiers se prévalant d'un seul intérêt pécuniaire? Si les proches, directement concernés, n'ont pas jugé bon d'agir, pourquoi permettre à d'autres de tenter de priver l'enfant d'une filiation apparemment acceptée?

Cette ouverture de l'action aux tiers est toutefois justifiée par la reconnaissance d'un principe supérieur, l'établissement d'une filiation juridique conforme à sa réalité biologique.

II. LA PROMOTION DE LA VÉRITÉ BIOLOGIQUE

28. On observe tant en France qu'au Québec, une même volonté de favoriser la recherche de la vérité biologique comme fondement d'un nouveau droit de la filiation. Alors que depuis la réforme de 1980 ce principe domine les règles québécoises, il se manifeste plus timidement dans la loi française de 1972 et plus franchement dans sa jurisprudence. Les tribunaux français n'ont pas hésité à l'appliquer dans toute sa plénitude par une interprétation très personnelle des textes⁵⁷. En France comme au Québec, l'emprise de la vérité biologique sur le droit de la filiation est donc évidente. Il faut dire que le principe est séduisant A). Grande est la tentation d'en faire l'idéal à réaliser; avant d'y céder, il importe cependant d'évaluer les difficultés de mise en œuvre d'un tel principe B).

56. Article 311.12 *C. civ. fr.* dont le texte est le suivant : « Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autres principes, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. À défaut d'éléments suffisants de conviction, ils ont égard à la possession d'état. »

57. *Supra*, notes 41 et 55.

A. UN PRINCIPE SÉDUISANT

29. L'attrait suscité par la vérité biologique apparaît double. Sur un plan général 1), fonder la filiation juridique sur la donnée biologique immédiate permet de conformer le droit à la nature. Sur un plan particulier 2), la recherche de la vérité est le corollaire obligatoire d'un autre principe gouvernant les droits de la filiation français et québécois : l'égalité des enfants entre eux quelles que soient les circonstances de leur naissance. La possibilité de faire concorder filiation juridique et vérité biologique a de plus comme conséquence de permettre aux membres de la famille d'assumer un statut juridique réellement voulu et non plus imposé.

1. La généralité du principe

30. La conformité de la filiation juridique et de la vérité biologique semble aller de soi. Dans notre société, paternité et maternité reposent normalement sur les liens de sang⁵⁸. Le législateur québécois l'a d'ailleurs reconnu en intitulant *De la filiation par le sang* le chapitre premier du titre portant sur la filiation dans le *Code civil du Québec*⁵⁹. Un tel mode d'établissement du lien de parenté n'a pas seulement le mérite de la simplicité, il permet aussi de nourrir de certitudes le droit de la filiation qui devait autrefois se contenter d'approximations.

31. Car la science permet aujourd'hui, notamment par l'analyse sanguine, non seulement d'exclure une paternité mais aussi de désigner avec une forte probabilité le véritable père de l'enfant. Même dans ce dernier cas, les temps sont proches où la désignation d'un homme comme père ne laissera subsister aucun doute sur sa paternité⁶⁰. Le principe de la

58. G. CORNU, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 30. F. HÉRITIER-AUGÉ, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale ». *Colloque génétique, procréation et droit*, Actes Sud, Paris, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 237.

59. Dans le *Code civil français*, le chapitre équivalent s'intitule simplement : De la filiation. Il faut remarquer que le droit québécois prévoit quelques exceptions au principe de l'établissement de la vérité biologique. Les articles 586 et 588 C.c.Q. favorisent en effet la vérité sociologique. Le législateur reconnaît là que la filiation a aussi comme base la volonté d'être parent.

60. D. SALMON, « Droit de la filiation et vérité biologique » dans *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Economica, 1982, p. 27; M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 192 et suiv.; J. HÉTU, « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) 5 *Thémis* 233; P. TERASAKI, « Resolution by H.L.A. testing of 1000 paternity cases not excluded by A.B.O. Testing », (1977-78) 16 *J. Fam. L.* 543; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droits de famille », (1986) 85 *Rev. trim. dr. civ.* 567, p. 584 : un test de l'A.D.N. permettrait aussi maintenant d'établir les empreintes génétiques d'un individu.

vérité trouve ici son assise scientifique en même temps que sa justification. Pourquoi le droit cantonnerait-il la recherche du vrai lien de filiation alors que les modes de preuve peuvent largement la faciliter?

32. Ainsi le principe de vérité apparaît aujourd'hui particulièrement séduisant : il correspond à la primauté accordée à la filiation par le sang et bénéficie au niveau probatoire de l'appui de la science⁶¹. Cependant, son essor n'aurait pas été si grand s'il n'avait été favorisé par la consécration d'autres principes spécifiques animant les réformes française et québécoise.

2. Les principes soutenant la vérité biologique

33. On se rappelle que les réformes du droit de la famille français et québécois avaient pour thème l'égalité des enfants qu'ils soient ou non nés dans le mariage. Même s'il ne fait aucun doute que la loi québécoise a institué une plus grande égalité entre enfants que la loi française, l'esprit des deux droits est bien le même. À partir du moment où les privilèges attachés à la filiation légitime étaient abolis, plus rien ne s'opposait à la reconnaissance du vrai lien de filiation, le lien biologique. L'égalité obligeait le droit à la vérité⁶².

34. L'adoption de ces principes et la mise en œuvre qui en a été faite devaient, par ricochet, satisfaire les partisans d'un droit de la famille plus volontariste. Chaque membre de la famille dispose de possibilités étendues pour choisir son statut juridique : faculté de rester ou non dans le mariage, de choisir son régime matrimonial... En matière de filiation, cette tendance se manifeste par la multiplication des actions en contestation qui permettent l'établissement d'une filiation désirée.

35. Le rôle important joué aujourd'hui par la vérité biologique dans l'établissement du lien de filiation reflète la réalité. Dans notre société, la « parenté matérielle »⁶³ repose d'abord sur un fait biologique : le

61. Comme l'écrivait J. CARBONNIER : « Ce critère-là (la vérité biologique) a le vent en poupe, car il est appuyé par tous les progrès, présents ou escomptés, de la biologie. » J. CARBONNIER, *Droit civil 2 — La famille, les incapacités*, Paris, PUF, Thémis, 1979, p. 317.

62. G. CORNU, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 31; C. COLOMBET, *La famille*, Paris PUF, 1985, p. 108 et s.; D. HUET-WEILLER, « Le droit français » dans *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, *op. cit.*, *supra*, note 60, p. 10 et 11.

63. C. LABRUSSE, « Préface » ds *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, *op. cit.*, *supra*, note 60, p. 3. Il ne faut toutefois pas oublier que la filiation est aussi un fait de culture, comme le souligne d'ailleurs madame Labrusse, dans l'ouvrage précité « puisqu'il engendre ou devrait engendrer un lien affectif et social qui puise son existence dans la volonté des père et mère de considérer un enfant comme le leur ». Sur cette question, lire aussi : A. FARGOT-LARGEAULT, « Nature et culture ». *Colloque génétique, procréation et droit*, *op. cit.*, *supra*, note 58, p. 488.

lien de sang. Il est donc naturel que le lien juridique de filiation coïncide autant que possible avec la filiation réelle ⁶⁴. Cette cohérence de l'ensemble rend les tribunaux plus enclins que par le passé à favoriser la recherche de cette vérité biologique et à faire de cette dernière le critère essentiel de rattachement d'un enfant à son auteur ⁶⁵. Cependant il ne faut pas se cacher que la mise en œuvre de ce principe, apparemment si simple, présente quelques difficultés.

B. LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE

36. En effet, l'application du principe de la vérité biologique se révèle complexe. La préexistence d'autres règles juridiques, le poids de l'histoire et un certain contexte social obligent à en relativiser la portée. Au niveau juridique d'abord 1), le maintien d'un tel principe oblige forcément à un compromis avec des notions classiques. Ensuite, il n'est pas certain que la recherche systématique de la vérité biologique réponde aux exigences sociales 2).

1. Les limites juridiques

37. Le principe de vérité risque de s'harmoniser difficilement avec les normes juridiques régissant la vie familiale. L'intégration du principe a) dans le cadre juridique existant s'avère en effet délicate. Elle va créer un jeu d'influences réciproques qui nécessitera de nouvelles interprétations b) et entraînera, par ricochet, des difficultés d'application c).

a) *Les difficultés d'intégration*

38. Pour évaluer la portée du principe de vérité, il est indispensable de le replacer dans le contexte juridique actuel. La difficulté à laquelle on se heurte immédiatement a trait à sa coexistence avec l'institution du mariage, qui jouit des faveurs des législateurs québécois et français au détriment de l'union libre. La conséquence logique de cette attitude a longtemps été la primauté corrélatrice reconnue à la filiation légitime. Or, l'émergence des principes de vérité biologique et d'égalité entre enfants a remis en cause le lien systématique mariage-filiation légitime. Sur ce

64. G. CORNU, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 34.

65. *Civ. 1^{re}*, 16 nov. 1983, *J.D.P.* 1984. II. 20235. note DURRY; *Civ. 1^{re}*, 5 fév. 1985, *Bull. Civ.* I n° 52, p. 51; *T.G.I. Paris*, 21 février 1986, *D.* 1986. 323. note HUET-WEILLER; *Droit de la famille* 244, C.S. St-François, 450-04-000395-854, 10 octobre 1985, *J.E.* 85-1008; J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, *supra*, note 60, p. 567 et suiv.

point, les droits français et québécois ont réagi différemment. Au Québec, le législateur a été radical et n'a pas hésité à dissocier la cause : le mariage, de ses effets : le lien de filiation. Tout en reconnaissant au mariage une vertu légale, il a supprimé le concept de légitimité, le privant par là d'un de ses principaux effets. Pour certains⁶⁶, cette témérité a provoqué une grave incohérence : demeure l'union légitime, sans la légitimité de ceux qui en sont issus. Sans nier l'illogisme, on peut toutefois l'estimer nécessaire à la mise en œuvre des principes adoptés. Qui veut la fin, veut les moyens...

39. Le législateur français, lors de la réforme de 1972, n'a pas été aussi audacieux. Tout en prônant officiellement l'égalité et la vérité, il a établi une dualité en maintenant la filiation légitime et en reconnaissant la filiation naturelle. Ainsi, alors que le législateur québécois donnait une portée absolue aux principes fondamentaux, le législateur français, plus timoré, choisissait la voie du compromis. Il n'établissait pas une parfaite égalité entre les enfants⁶⁷ et cantonnait la recherche de la vérité biologique à des hypothèses précises.

C'est la jurisprudence, on le sait, qui a donné une toute autre ampleur à la recherche de la vérité biologique, principalement par les interprétations *a contrario* des articles 334.9 et 322 al. 2 *C. civ. fr.* Dans les arrêts de principe du 27 février 1985, la Cour de cassation dit poursuivre « l'un des objectifs essentiels de la loi du 3 janvier 1972 qui a été d'attribuer à chacun son vrai rapport de filiation »⁶⁸. Ainsi sous couvert de l'exégèse, la Cour dépasse largement la portée initiale que le législateur avait donnée aux textes visés et consacre la divisibilité du lien de filiation légitime. Cette évolution va donc dans le même sens que celle constatée au Québec. Si on tend à l'égalité des enfants et à l'établissement du véritable lien de filiation, la filiation légitime est affaiblie ou disparaît, alors que le mariage jouit encore des faveurs de la loi.

L'insertion du principe de vérité dans le droit de la famille s'effectue tant bien que mal et force le cadre juridique existant. Elle change la perspective dans laquelle on envisageait jusqu'à présent les notions classiques.

b) De nouvelles interprétations

40. La modification des fondements du droit de la filiation devait inévitablement affecter la présomption de paternité.

66. J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 26, p. 198.

67. Voir par exemple l'article 334 al. 3 *C. civ. fr.*, qui se lit ainsi : « Si au temps de la conception, le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, les droits de l'enfant ne peuvent préjudicier que dans la mesure réglée par la loi, aux engagements que, par le fait du mariage, ce parent avait contractés. »

68. *Supra*, note 41.

Traditionnellement, la présomption de paternité était plus que le simple reflet de la réalité. Elle assurait la légitimité des enfants, parfois au mépris de la vérité. Planiol et Ripert avaient d'ailleurs parfaitement défini son rôle. « Cette présomption tire sa force des vraisemblances qui doivent faire attribuer l'enfant au mari d'une femme qui est tenue de lui être fidèle [...] Un autre point de vue a guidé le législateur. La règle *pater is est...* ne doit pas être envisagée isolément au chapitre des preuves de la filiation, mais elle doit être rattachée à l'institution même du mariage dont elle est une conséquence [...]. La sécurité qui résulte d'une attribution légale de paternité a été voulue par le législateur afin de renforcer la solidité de cette famille [légitime] »⁶⁹.

Sa double nature, faite de réalité et de fiction, était confortée par l'impossibilité de démontrer avec certitude le véritable lien de filiation⁷⁰. La remise en cause de l'intérêt de la légitimité des enfants et les progrès scientifiques dépouillent aujourd'hui la présomption d'une partie de ses fonctions et en expliquent la dévalorisation. Dans les deux droits français et québécois, son rôle presque exclusif est d'appuyer la réalité biologique, ce qui en fait davantage une simple règle de preuve qu'une règle de fond⁷¹.

c) Les difficultés d'application

41. Le principe de vérité biologique risque de poser des problèmes d'application dans la mesure où les données de la biologie évoluent plus rapidement que les règles juridiques.

Plusieurs exemples illustrent ce décalage. Ainsi certains principes classiques paraissent aujourd'hui bien stricts lorsqu'ils ont pour résultat de brider la recherche des preuves. D'autre part, l'évolution des recherches scientifiques relatives aux nouvelles méthodes de la reproduction a déjà des incidences diverses sur les mécanismes juridiques d'attribution de paternité. On peut prévoir des répercussions encore plus graves sur l'attribution de la maternité. Dans ce cas en effet, le principe de vérité biologique risque de se révéler inutilisable.

42. Certaines règles, telle l'inviolabilité du corps humain, empêchent l'usage systématique des preuves scientifiques⁷². Malgré l'attrait exercé

69. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1926, p. 650 et 651.

70. Ainsi que le disait le tribun Lahory : « La nature sur ce point n'a fait souvent, même à la femme, que des demi-confidences », cité dans COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 1, Paris, Dalloz, 1953, p. 518.

71. C. COLOMBET, *op. cit.*, *supra*, note 62, p. 128 et 129.

72. Voir par exemple, *Droit de la famille* 206, C.A. Montréal, n° 500-09-000954-859, le 13 juin 1986, J.E. 86-699; M.-J., GEBLER, *op. cit.*, *supra*, note 60, p. 202 et s.; R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation », (1983) 82 *Rev. Trim. dr. Civ.* 722, p. 727.

par la vérité sur le droit, celui-ci retombe donc parfois dans le domaine des vraisemblances. Or la logique exigerait qu'en proclamant la vérité biologique comme principe général, on fournisse les moyens d'y accéder. Le droit à la vérité ne justifie-t-il pas un accroc, somme toute ici assez minime, au principe d'inviolabilité lorsque le refus de se prêter à l'expertise n'est pas justifié?

43. Les règles de rattachement d'un enfant au mari de sa mère sont également affectées par l'évolution scientifique.

Par exemple, les textes qui fixent à trois cents jours après la dissolution du mariage la limite d'application de la présomption de paternité⁷³ devraient être modifiées en cas de reconnaissance d'insémination *post mortem*⁷⁴ puisque cette technique peut assurer la paternité du mari de la mère plus de trois cents jours après son décès.

Enfin, tant en droit français que québécois, l'action en désaveu peut aboutir dès que le mari prouve sa non-paternité⁷⁵. En cas d'insémination artificielle par donneur, il s'agit de savoir si cette action peut être utilisée. Au Québec, l'article 586 C.c.Q. prohibe l'exercice du désaveu lorsque l'enfant a été conçu par insémination artificielle du consentement des époux. En France, cette exception n'est malheureusement pas prévue. Appliquant strictement le principe de vérité biologique, les tribunaux français acceptent le désaveu, que le mari ait ou non consenti à l'insémination artificielle⁷⁶.

44. Le rôle actuel du principe de vérité biologique dépend donc des données de la biologie classique qui rattache l'enfant à deux parents de sexe différent. Or, les nouvelles méthodes de reproduction⁷⁷, plus sophistiquées et plus complexes, ne lient plus forcément l'enfant à ces

73. *Supra*, par. 6 et 7.

74. X. LABBÉE, « L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur », *Gas. Pal.* 1984. II. doc. p. 2; *TGI Créteil*, 1 août 1984, *Gaz. Pal.* 1984. Jurisp. 560. Sur les dangers de l'évolution scientifique en matière de reproduction : B. de SARIAC, « L'avocat et la science », (1984) 15 R.G.D. 603. Sur les problèmes juridiques liés à cette évolution : M. RIVEST, « Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit? », (1975-76) 6 R.D.U.S. 200; M. OUELLETTE, *Droit et Science*, Montréal, Thémis, 1986.

75. *Supra*, par. 14.

76. Dans le cas d'une insémination artificielle avec donneur, voir *TGI Nice*, 30 juin 1976, D. 1977. 45. note HUET-WEILLER. Dans le cas d'une fécondation *in vitro*, *TGI Paris*, 19 fév. 1985, D. 1986. 223. note E. PAILLET. Bien que la situation ne se soit pas présentée au Québec, la solution de l'article 586 C.c.Q. serait certainement étendue à la fécondation *in vitro*.

77. Parmi ces nouvelles méthodes de reproduction actuelles et futures, notons la fécondation *in vitro*, le don d'ovules, la congélation et l'implantation d'embryons, la greffe d'ovaires, la gestation pour le compte d'autrui. Voir : B.M. KNOPPERS, « Les femmes et les techniques de la reproduction », *Le droit de la famille au Canada : nouvelle orientations*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 221.

deux individus. La maternité, évidente jusqu'ici, ne l'est plus lorsqu'on peut dissocier la mère génétique de la femme qui accouche⁷⁸. Il n'y a pas alors une seule mais plusieurs vérités biologiques. Dans cette hypothèse, le principe de vérité biologique n'est plus aussi attirant. Il ne traduit aucune certitude, mais introduit la confusion. C'est au droit qu'il appartiendra d'organiser l'anarchie, de choisir une vérité plutôt qu'une autre, voire de reconnaître comme véritable la filiation sociologique⁷⁹.

Ces hypothèses illustrent les dangers, quelquefois l'impossibilité, d'une application absolue du principe de vérité biologique. Ce dernier devra parfois céder devant d'autres impératifs.

2. Les limites sociales

45. Nous ne prétendons pas envisager toutes les limites sociales à opposer au principe de vérité biologique; nous nous bornerons à relever les plus évidentes.

46. Si séduisant que soit le principe, il doit être appliqué avec circonspection. Il faut résister à la tentation de calquer automatiquement la filiation juridique sur la filiation biologique car l'élément physiologique n'est pas le seul auquel on doit accorder de l'importance. La filiation sociologique et les intérêts des parties concernées, par exemple, méritent aussi d'être considérés⁸⁰. On sait bien en effet que le droit est « un art consistant à tenir compte avec le maximum d'harmonie et d'efficacité des éléments divers qui entrent en jeu pour la création de la règle ou de la solution juridique »⁸¹.

47. S'il faut bien constater aujourd'hui que la loi a élargi les possibilités de reconnaître le lien biologique, celles-ci devraient s'accorder d'abord avec les intérêts respectifs des membres de la famille et spécialement celui de l'enfant. Ces « notions-cadres » laissent théoriquement au juge

78. M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », *Mélanges RAYNAUD*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985, p. 27.

79. D'ailleurs, le droit fait parfois reposer la filiation juridique sur la vérité sociologique. Voir par exemple l'article 586 C.c.Q., et l'importance accordée tant en droit français que québécois à la possession d'état.

80. Si la filiation est d'abord un fait de la nature, elle est aussi bien plus que cela : « la filiation n'est pas seulement la naissance, la famille n'est pas seulement le sang, mais grandir, vivre, vieillir ensemble » G. CORNU, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 36. « Le fait de vivre comme si le lien biologique existait crée un réseau de pratiques et de sentiments, une communauté psychologique, qui peut être aussi forte que la communauté de sang. C'est une réalité qu'il serait peu réaliste de troubler [...] » J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 61, p. 317-318. Voir aussi : C. LABRUSSE, *loc. cit.*, *supra*, note 63, p. 4.

81. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome 1, 2^e édition, Paris, Sirey, 1972, p. 89; Voir aussi J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1113.

un large pouvoir d'appréciation et d'adaptation du principe de vérité aux situations de fait. Mais, devant la démonstration d'une filiation biologique certaine, de quelle marge de manœuvre dispose le juge⁸²? Peut-il, au nom de l'intérêt de l'enfant, nier l'évidence et préférer l'arbitraire?

À dire vrai, la réponse est certainement négative. Son pouvoir d'appréciation s'exerce essentiellement sur l'existence ou l'absence de possession d'état qui déterminera la solution du litige en refoulant les actions en contestation. Même si l'intérêt de l'enfant demeure en toile de fond, il est à lui seul insuffisant pour décider de l'issue du procès.

48. Alors, c'est plutôt en dehors de tout contentieux que l'on peut relever l'existence de limites sociales à l'apparition de la vérité biologique. Indépendamment du droit, la société se satisfait parfois de vérités cachées. Il n'est pas sûr en effet que toutes les parties concernées acceptent l'intrusion du droit dans leur intimité⁸³. On ne dévoile pas naturellement le secret des alcôves. Il n'est pas sûr non plus que la société soit prête à assumer les perturbations liées à une recherche systématique du vrai lien de filiation. En mettant des bornes à cette recherche, elle peut vouloir préserver un ordre social minimum qu'un trop grand développement de familles éclatées, familles monoparentales voire unilinéaires⁸⁴, risque de bouleverser.

CONCLUSION

49. Depuis leurs réformes effectuées à huit ans d'intervalle, les droits français et québécois ont poursuivi une évolution parallèle tendant à un déclin progressif de la présomption de paternité, justifié par la recherche du vrai lien de filiation. Qu'il s'agisse de la réduction du domaine d'application de la présomption ou de l'élargissement des possibilités de contestation de la paternité du mari, la convergence des deux droits est certaine même si les techniques employées sont quelque peu différentes. La reconnaissance, légale au Québec, jurisprudentielle en France, d'une action générale en contestation de filiation paternelle ou maternelle, qui ouvre grand la porte à la vérité biologique, en constitue l'exemple le plus frappant.

82. C. LABRUSSE-RIOU, « Le juge et la loi : De leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », *Études Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 151.

83. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrenois, 1979, p. 106; M. GRIMALDI, « La contestation de la paternité légitime après l'interprétation *a contrario* de l'article 322 du C. civ. », *Gaz. Pal.* 1986. I. doc. p. 5.

84. G. CORNU, « La famille unilinéaire », *Mélanges Raynaud, op. cit., supra*, note 78, p. 137; *id.* « Les aspects familiaux », *Colloque génétique, procréation et droit, op. cit., supra*, note 58.

50. Est-ce à dire que la recherche d'une telle vérité conduit inévitablement à la disparition de la présomption de paternité⁸⁵? Nous ne le pensons pas dans la mesure où plusieurs facteurs militent en faveur du maintien de celle-ci.

51. Alors qu'autrefois, la présomption de paternité pouvait camoufler la réalité biologique, les réformes de 1972 et 1980 ont cherché à lui redonner sa pureté originelle en écartant son application quand la paternité n'est pas ou est peu vraisemblable.

La promotion du principe de vérité biologique ne va donc pas à l'encontre du maintien de la présomption. Bien au contraire, la présomption apparaît aujourd'hui comme le support de la vérité biologique pour les enfants nés dans le mariage⁸⁶.

52. D'autre part, la présomption était un moyen parmi d'autres pour établir une hiérarchie entre enfants et privilégier l'union légitime. En proclamant l'égalité entre enfants et même, au Québec, en supprimant la légitimité, le législateur risquait de faire perdre à la présomption une partie de sa raison d'être. Or, s'il est vrai qu'elle ne traduit plus la supériorité d'une filiation sur une autre, elle témoigne de leurs différences. La coexistence de fait du mariage et de l'union libre justifie la présence de la présomption de paternité parmi les autres modes d'établissement du lien de filiation. « À chacun sa famille, à chacun son droit »⁸⁷.

85. D. HUET-WEILLER, « Requiem pour une présomption moribonde », *D.* 1985. chr. 1; P. RAYNAUD, « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime », *D.* 1985. chr. 205; J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit., supra*, note 60, p. 588 : « Le temps approche pourtant où, cette présomption ne servira plus à rien, sinon à rappeler une évidence, que les spécialistes du droit de la filiation finissent un peu par oublier, à savoir que l'immense majorité des enfants conçus pendant le mariage ont pour père le mari. »

86. Bien qu'elle puisse être aussi au service de la paternité sociologique, voir art. 586 *C.c.Q.*

87. J. CARBONNIER, *op. cit., supra*, note 83, p. 167.