

**L'ACTION EN CONTESTATION DE PATERNITÉ LÉGITIME
(RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA LÉGITIMATION DE L'ENFANT
ADULTÉRIN « A MATRE » PAR LE MARIAGE SUBSÉQUENT DE
SES PARENTS DE SANG)**

Georges Mure

Volume 6, Number 2, 1976

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110806ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19468>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mure, G. (1976). L'ACTION EN CONTESTATION DE PATERNITÉ LÉGITIME : (RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA LÉGITIMATION DE L'ENFANT ADULTÉRIN « A MATRE » PAR LE MARIAGE SUBSÉQUENT DE SES PARENTS DE SANG). *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 6(2), 321–340.
<https://doi.org/10.17118/11143/19468>

L'ACTION EN CONTESTATION DE PATERNITÉ LÉGITIME

(RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA LÉGITIMATION DE
L'ENFANT ADULTÉRIN "A MATRE" PAR LE MARIAGE
SUBSÉQUENT DE SES PARENTS DE SANG).

par GEORGES MURE *

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- 1 - Historique et finalité de la présomption "*pater is est . . .*" 323
- 2 - Le conflit entre la réforme de 1971 et la présomption
"*pater is est . . .*" 324
- 3 - Le droit positif en matière de filiation légitime 325
- 4 - L'exclusive du désaveu ou du déni dans la contestation de
paternité légitime 326
- 5 - Les effets de l'action en contestation de paternité légitime sur
la présomption "*pater is est . . .*" 326

I — La permanence du Code et l'évolution des faits.

A) La présomption "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" 327

- 6 - La conception des codificateurs à propos de la présomption
"*pater is est . . .*" 327
- 7 - La permanence de la présomption "*pater is est . . .*" et l'action
en contestation de paternité légitime 328

B) La réforme de l'article 237 du Code civil 328

- 8 - Le rôle de l'équité en matière de filiation 328
- 9 - La nouvelle philosophie de la présomption "*pater is est . . .*" . . . 330
- 10 - L'égalité des droits du père et de l'enfant à l'action en
contestations de paternité légitime 331

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke.

II – L'anachronisme du droit et les solutions imaginables**A) La nouvelle finalité de la présomption "pater is est . . ."** 33211 - La contradiction entre la finalité de la présomption "*pater is est . . .*" et ses effets présents 332

12 - L'opposition d'intérêt entre le père et l'enfant 333

B) La situation de l'enfant adultérin "a matre" face à l'article 237 nouveau du Code civil 333

13 - Le nouvel article 241 et la contestation de paternité légitime . . . 333

14 - Rejet du moyen fondé sur le nouvel article 241 pour faire bénéficier l'enfant adultérin "*a matre*" de l'article 237 334

15 - L'article 241 ne permet pas à un tiers de contester la paternité légitime 335

16 - Le principe de l'article 237 s'oppose à la portée générale de l'article 241 336

17 - L'abstention abusive du mari de la mère dans l'exercice de l'action en désaveu de paternité empêche la légitimation de l'article 237 337

18 - L'exemple de la *Loi de l'adoption* 338**CONCLUSION**19 - Une solution au problème de l'enfant adultérin "*a matre*" . . . 339

20 - Nécessité d'une législation nouvelle 340

INTRODUCTION

1 - En modifiant l'article 237 du *Code civil* par simple suppression du mot "adultérin"¹, le législateur a ouvert les portes du temple de Janus. L'enfant "adultérin de par sa mère" part en guerre contre la présomption "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" qui se retourne contre lui après de bons et fidèles services.

En 1866, les codificateurs s'inspirèrent de l'article 312 du *Code Napoléon*² qui lui-même ne faisait que traduire un principe fermement établi en droit romain et porté à la postérité par le jurisconsulte Paul dans la première moitié du 3^e siècle de notre ère. Il s'agissait de faire de l'enfant né ou conçu dans le mariage un enfant légitime, et du mari de la mère, le père de cet enfant.

Cette règle reproduite dans l'article 218 du *Code civil*³, était fort profitable à l'enfant. Il trouvait un foyer pour s'épanouir, la légitimité et tous les effets qu'elle engendre. Bien plus, le législateur ayant prohibé la légitimation des enfants adultérins⁴, la présomption donnait à l'enfant le seul refuge qui pouvait le mettre à l'abri des conséquences néfastes d'une filiation naturelle⁵. Ainsi, havre de paix et barrière protectrice, la présomption bénéficiait à l'enfant qui n'avait, apparemment, aucun intérêt à la contester.

-
1. Ancien article 237 du *Code civil*:
"Les enfants nés hors mariage autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère".
Nouvel article 237 (mod. 1971, C. 85, a. 2):
"Les enfants nés hors mariage autres que ceux nés d'un commerce incestueux, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère".
 2. Ancien article 312 du *Code Napoléon*:
"L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari". Le nouvel article 312 du *Code civil français*, qui s'insère dans une réforme globale du problème de la filiation (*Loi No. 72-3 du 3 janvier 1972*) reprend textuellement cette expression.
 3. Article 218 du *Code civil*:
"L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari".
"L'enfant né le ou après le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage, ou dans les trois cents jours après sa dissolution, est tenu pour conçu pendant le mariage".
 4. Ancien article 237 du *Code civil*, voir *supra*, note 1.
 5. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Librairie de droit et de jurisprudence, Montréal, (1896) T. 2, 59.

2 - Depuis 1971, il en va différemment. En autorisant la légitimation des enfants adultérins, le législateur donne à ces derniers le droit d'avoir une famille dans laquelle ils pourront acquérir, sans rétroactivité toutefois, les avantages conférés par la légitimité. L'enfant adultérin "a matre" peut avoir espoir de concilier l'avantage moral et sentimental que lui confère l'amour de ses parents de sang et l'avantage patrimonial qui découle de la filiation légitime⁶. Pour ce faire, il lui suffit, en conservant d'une part le lien de filiation qui l'unit à sa mère et en faisant d'autre part établir celui qui l'unit à son père de sang, d'être légitimé par le mariage de ses père et mère. Le peut-il? Ne convient-il pas, avant toute chose, que sa légitimité qui découle de la présomption "*pater is est . . .*" soit combattue, tant il est vrai qu'au regard de la loi, la filiation est unique? A défaut de désaveu de la part du père, ou de déni de paternité de la part des héritiers - la maternité dans le mariage n'étant pas contestable - est-il autorisé à contester lui-même la paternité? En d'autres termes, peut-il anéantir les effets de la présomption "*pater is est . . .*" qui, dans ce cas précis, satisfait à une finalité préjudiciable à l'enfant qu'elle est censée protéger?

Attaché à la famille légitime par la présomption "*pater is est . . .*", véritable noeud gordien, l'enfant peut souhaiter le défaire ou le trancher pour conquérir sa liberté. C'est ce à quoi nous nous emploierons.

6. Jean PINEAU, "Chronique méchante de méchante législation", (1971) 6 *R.J.T.* 359. Le problème est différent pour l'enfant adultérin "a patre". Il n'existe pas de filiation automatique comme dans l'hypothèse d'une filiation adultérine "a matre". Le père - uni dans les liens du mariage avec une autre femme que la mère - peut reconnaître l'enfant ou ne pas le reconnaître. S'il ne le reconnaît pas, le mariage de la mère avec un tiers qui reconnaîtra l'enfant emportera légitimation par le mariage subséquent. S'il le reconnaît, cette reconnaissance ne lie que son auteur (art. 241, al. 2) et peut être contestée dans les conditions de l'article 241, al. 1. Cette contestation répond à des règles souples distinctes de celles plus rigides qui régissent les cas de désaveu ou de déni (ces dernières règles étant les seules applicables dans l'hypothèse d'une filiation adultérine "a matre").

7. Ceci ne découle-t-il pas de l'article 226 du *Code civil*: "Si le désaveu n'a pas lieu (tel que prescrit au présent chapitre), l'enfant qui aurait pu être désavoué est tenu pour légitime".

En ce sens, "Rapport sur la famille", office de révision du code civil, comité du droit des personnes et de la famille, 1ère partie, tome XXVI, Montréal 1974, art. 115: "La reconnaissance de paternité ou de maternité est sans effet si elle contredit une filiation déjà établie et qui n'a pas été infirmée en justice".

3 - Les actions ou exceptions relatives à l'état d'un enfant sont réglementées par le *Code civil*. Au regard de la filiation légitime, nous pouvons distinguer entre les actions propres à établir la filiation et les actions et exceptions permettant de combattre cette dernière.

Dans la première catégorie, nous connaissons l'action en réclamation d'état⁸ qui a pour effet d'établir la filiation avec la mère et de ce fait avec le mari de celle-ci, de même que l'action en revendication de maternité ou de paternité légitime⁹ qui donne aux père et mère légitimes le droit de faire reconnaître le lien qui les unit à l'enfant.

Dans la deuxième catégorie, nous trouvons d'une part l'action en contestation d'état légitime¹⁰ qui attaque directement la filiation avec la mère et de ce fait avec le mari de celle-ci, d'autre part les actions en désaveu simple¹¹ et en désaveu préventif¹² qui permettent au mari soit de rompre le lien qui le lie avec l'enfant dont la filiation avec la mère est établie, soit de lutter contre une filiation éventuelle avant que l'enfant n'engage les procédures tendant à son

8. Cf. article 231, al. 1:

"Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce titre".

P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 89 et ss.

J. PINEAU, *La Famille*, Traité élémentaire de Droit civil, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, 116 à 119, nos 137 et 138.

P. AZARD et Alain-François BISSON, *Droit civil québécois*, T. 1, *Notions fondamentales, famille, incapacité*, éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, 146 et 147, no 94.

9. J. PINEAU, *op. cit.*, 117-118.

P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 147 et 148, no 94.

10. Cf. Article 231, al. 2:

"Et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance".

P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 96 et ss.

J. PINEAU, *op. cit.*, 113 et 114, no 135.

P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 143, no 95.

11. Cf. articles 219 à 227.

P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 66 et ss.

J. PINEAU, *op. cit.*, 104 à 113, nos 126 à 134.

P.A. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 149 à 153, no 97.

12. Cf. article 234:

"La preuve contraire peut se faire par tous les moyens à établir que le réclama-
nant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir ou même, la maternité
prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère".

P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 87.

J. PINEAU, *op. cit.*, 118, no 137.

P. AZARD, et A.F. BISSON, *op. cit.*, 153, no 98.

Albert MAYRAND, "La preuve de non-paternité", (1965) 25 *R. du B.* 177, 199
et 200.

établissement. Enfin, dans cette même catégorie, nous trouvons l'exception du désaveu défensif¹³ qui autorise le mari à se défendre dans une action en réclamation d'état exercée par l'enfant et à laquelle il a été appelé ou à laquelle il s'est joint.

4 - Dans le droit positif actuel, dont il vient d'être fait un rapide panorama, nous ne trouvons nulle trace du droit pour l'enfant ou un tiers de contester directement la paternité. La contestation de paternité semble réservée exclusivement au mari de la mère par le biais du désaveu ou à ses héritiers lorsqu'ils agissent en son lieu et place en exerçant le déni de paternité¹⁴. Peut-on cependant reconnaître à l'enfant le droit à une action en contestation de paternité?

5 - Sans toucher à la maternité, l'action en contestation de paternité s'attaquerait directement à la paternité, et par là même à la présomption "*pater is est . . .*". Or, cette présomption qui apparaît comme le pivot du système juridique de la filiation dans notre droit, n'a jusqu'à ce jour subi aucune atteinte.

Est-ce que la réforme de 1971 apportant modification de l'article 237 du *Code civil*, permet à l'enfant de contester directement la paternité? Trouve-t-on dans les diverses autres réformes du droit de la famille une disposition lui attribuant ce droit? Y a-t-il une évolution telle dans les conceptions philosophiques, morales et sociales du législateur, qui permette d'affirmer que la réforme de 1971 met en cause le principe même de la présomption? Telles sont les questions qui doivent être posées; car, permettre à l'enfant adultérin "*a matre*" de contester la paternité légitime pour satisfaire à la finalité de l'article 237, c'est lui permettre d'attaquer la présomption de paternité légitime "*pater is est quem nuptiae demonstrant*", dans ses effets tout au moins.

13. Cf. article 234
P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 86.
J. PINEAU, *op. cit.*, 119, no 137 et note 44.
P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 153, no 98.
A. MAYRAND, *loc. cit.*, 198 à 202.

14. Cf. article 224:
"Si le mari est mort avant d'avoir fait son désaveu, mais étant encore dans le délai utile pour le faire, les héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers ont été par lui troublés dans leur possession".
P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 88.
J. PINEAU, *op. cit.*, 111, no 132.
A. MAYRAND, *loc. cit.*, 178 et 179.

Nous nous emploierons dès lors, dans un premier temps, à vérifier la permanence des institutions et les conséquences de cette permanence face à l'évolution sociale. Puis, après avoir constaté l'anachronisme ainsi créé, nous rechercherons et apprécierons les diverses solutions justifiant une contestation de la paternité légitime ou permettant à l'enfant de bénéficier tout du moins des dispositions de l'article 237 du *Code civil*.

I - LA PERMANENCE DU CODE ET L'ÉVOLUTION DES FAITS.

A) La présomption "pater is est quem nuptiae demonstrant".

6 - Le *Code civil* de 1866 reflétait l'état d'esprit du 19^e siècle. Il institutionnalisait en quelque sorte les mœurs sociales et concrétisait sous forme de règles juridiques les règles morales¹⁵. Ces règles juridiques relatives à la filiation ont subsisté jusqu'à nos jours et, malgré l'évolution de notre société pendant plus d'un siècle, les juristes ont laissé intact l'esprit qui animait les codificateurs.

En établissant la présomption "*pater is est . . .*", il s'agissait pour eux de protéger l'enfant en le faisant pénétrer et demeurer dans le sein d'une famille qui lui apportait la légitimité. En permettant au mari de la mère de désavouer l'enfant dans le cas d'adultère conjugué au recel de naissance et dans le cas de l'impossibilité de cohabitation, le législateur autorisait que la vérité biologique puisse vaincre, dans certains cas, la vérité légale¹⁶. En interdisant à toute autre personne que le mari ou ses héritiers de combattre la présomption, il protégeait encore l'enfant en évitant des contestations successives qui auraient eu pour effet de troubler sa jouissance de l'état d'enfant légitime. En attribuant le droit de contester la paternité aux héritiers, il reconnaissait que leurs droits patrimoniaux devaient être protégés contre

15. Paul-André CRÉPEAU, "La reconnaissance du droit civil canadien", in Préface *Le Droit dans la famille*, (Livre du centenaire du Code civil), Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. XIV à XVIII.

Maximilien CARON, "De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil" in *Le Droit dans la famille*, op. cit., "*Les tendances profondes du Code*", p. 10 à 13.

16. Cette autorisation était donnée dans les hypothèses ou de toute évidence sociale mais non scientifique, ces vérités étaient contraires. En d'autres termes, le législateur se souciait plus de la société perturbée par cette situation immorale que de la réalité biologique de la filiation.

l'intrusion éventuelle dans le lignage et du même coup dans la succession, d'un élément étranger. Enfin, en n'autorisant pas l'enfant à contester la paternité, il le protégeait contre lui-même et contre sa mère qui aurait pu exercer abusivement ce droit en ses nom, lieu et place, puisqu'en dehors de la famille dans laquelle il était né, l'enfant ne pouvait bénéficier d'aucune légitimité.

7 - Depuis 1866, cet esprit demeure. Les solutions positives ont pu ne pas être toujours scrupuleusement conformes à cet esprit comme à la lettre des articles 218 à 236 du *Code civil*, mais aucune des interprétations qui ont été faites de la loi n'a eu toutefois pour effet d'ébranler le principe de la présomption "*pater is est . . .*"¹⁷.

En serait-il de même si une quelconque "action en contestation de paternité légitime" était attribuée à l'enfant ou à un tiers? Une véritable entorse risquerait alors d'être faite au *Code civil*.

Il est vrai que l'intérêt de l'enfant ne se limite plus à son insertion dans la famille légitime telle que comprise à l'article 218 du *Code civil*. Depuis 1971, il peut être légitimé par ses parents de sang qui se marient¹⁸. Il est vrai également que pour bénéficier de la règle édictée à l'article 237 du *Code civil* il est nécessaire que l'enfant soit libéré du lien qui l'unit au mari de sa mère. Mais il n'est pas moins vrai que si la réforme de 1971 démystifie l'adultère, elle ne touche en rien le problème de la "paternité dans le mariage". Aucune disposition expresse ne reconnaît à l'enfant le droit à une action en contestation de paternité légitime.

Cependant, associée à l'évolution rapide des mœurs et des concepts sociaux, la réforme de 1971 apparaît comme pouvant justifier à elle seule une atteinte à la présomption "*pater is est . . .*".

B) La réforme de l'article 237 du Code civil.

8 - Légère quant à la forme, la modification de l'article 237 est lourde de conséquences. D'une part elle permet à l'enfant adultérin d'être légalement reconnu comme l'enfant légitime de ses véritables père et mère, d'autre part elle nous autorise à affirmer la volonté du

17. M. CARON, *loc. cit.*, 14, "La grande majorité de ces dispositions - (du *Code civil*) - demeurent intactes, du moins dans leurs lettres".

18. En ce sens J. PINEAU, *op. cit.*, 103 *in fine* et 104, no 125.

législateur de faire progressivement disparaître le décalage existant entre la réalité des moeurs sociales et la règle de droit¹⁹. Nous pourrions être tentés à la lumière de cette réforme, de croire que le législateur a modifié sa propre perception philosophique de la présomption "*pater is est . . .*", au point d'octroyer à des tiers — et plus spécialement à l'enfant — le pouvoir de contester la paternité de l'article 218. L'enfant adultérin "*a matre*" ne subirait plus le contrecoup d'une législation qui, par suite de simples replâtrages, ne lui permet pas de bénéficier en toute quiétude, comme n'importe quel autre enfant adultérin "*a patre*"²⁰, d'une légitimation par mariage subséquent de ses parents de sang.

Mais la justice est relative. Était-il juste, en effet, de faire une différence entre les enfants adultérins suivant qu'ils avaient eu la chance ou la malchance d'avoir dans un cas une mère adultère et dans l'autre un père adultère²¹? Au nom du principe de la "présomption de paternité", on a fait supporter au mari de la mère et aux héritiers de celui-ci les fautes de la femme adultère. Chacun devine, combien de maris ont dû bon gré, mal gré faire mûrir dans leur foyer le fruit d'un amour défendu en raison du caractère restrictif de l'action en désaveu de paternité²². Dans l'intérêt de l'enfant celui du mari fut sacrifié. De même serait-il juste aujourd'hui d'exclure du bénéfice de la légitimation par le mariage subséquent des parents de sang prévue au nouvel article 237 du *Code civil* les enfants adultérins "*a matre*" qui n'ont pas été désavoués ou déniés. Ce qui n'apparaissait et n'apparaît pas comme équitable est cependant revêtu du concept de justice.

19. Cf. en ce sens et en ce qui concerne cette manifestation de volonté dans un cadre plus général, Paul-André CRÉPEAU, *loc. cit.*, XIII à XXX.

20. L'enfant adultérin seulement "*a patre*" ne supporte pas le jeu de la présomption "*pater is est . . .*" car sa mère de sang n'est pas unie dans les liens d'un mariage.

21. D'une part, le premier cité (adultérin "*a matre*"), dont la filiation apparaissait, ne pouvait en aucun cas être légitimé du fait que l'application de l'ancien article 237 du *Code civil*. Au contraire, le caractère adultérin de la filiation du deuxième cité (adultérin "*a patre*") n'apparaissant pas automatiquement — à moins d'une reconnaissance du père adultère (MIGNAULT, *op. cit.*, 118: une déclaration de volonté suffit) —, le mariage de la mère avec un homme acceptant l'enfant, emportait légitimation de plein droit.

D'autre part, le premier cité bénéficie automatiquement de la présomption de paternité contenue à l'article 218 du *Code civil* alors que le deuxième est tout d'abord naturel.

22. Cf. articles 219 à 223 du *Code civil*.

9 - Ainsi posé - au niveau des concepts de justice et d'équité -, le problème nous oblige à préciser le fondement philosophique de la présomption "*pater is est . . .*".

Initialement, nous l'avons vu, la présomption existait dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Cet intérêt apparaissait alors avec une telle intensité que l'on permettait de faire disparaître le lien de filiation unissant l'enfant au mari de sa mère²³, dans les seules hypothèses du désaveu ou du déni. Aujourd'hui, ne pourrait-on pas - alors que l'enfant peut avoir intérêt en vertu de la règle édictée à l'article 237 de faire établir une autre paternité²⁴ - considérer la présomption "*pater is est . . .*" comme un simple moyen d'établissement du lien de filiation avec le père? De règle impérative ne supportant que de rares exceptions, elle deviendrait en quelque sorte supplétive de volonté. Ce ne serait qu'à défaut de preuve établissant la non-paternité du mari de la mère, que la présomption "*pater is est . . .*" ferait de ce dernier le père. Cette preuve ne pourrait être faite que par des personnes ayant intérêt dans la contestation, parmi lesquelles on retrouverait en premier lieu la mère et l'enfant²⁵. Elle serait de plus fondée sur des critères physiques et biologiques.

Une telle conception de la présomption de paternité ne bouleverserait pas le système juridique actuel et répondrait aux principes et aux impératifs qui conditionnent l'évolution de la famille et du droit qui la régit²⁶. C'est un fait que la peur du scandale qui empêchait que soit dévoilé tout état contraire aux bonnes moeurs, disparaît. La filiation naturelle ne fait plus de bâtards. Les divorces

23. *Supra*, nos 1 et 6 et cf. Albert MAYRAND, *loc. cit.*, 179.

24. L'enfant satisfera à cet intérêt en combattant la paternité du mari de sa mère sans atteindre la maternité. Cf. *supra*, 5 et 6, no 2.

25. "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*, art. 116, al. 2: "La mère peut aussi contester la paternité de son mari."

26. "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*, 324:

"Le deuxième alinéa est de droit nouveau. Il répond à la situation juridique nouvelle faite à l'enfant. Etant donné que tous les enfants jouiraient des mêmes droits, il n'est plus nécessaire de préserver, au prix de la vérité, un statut d'enfant dit "légitime" qui serait supérieur aux autres statuts. Il a donc été jugé utile de permettre à la mère de démontrer que l'enfant n'est pas celui de son mari, action d'autant plus nécessaire que l'enfant pourrait ainsi bénéficier éventuellement de son véritable foyer. Cette solution s'inspire de la réforme récente de la loi française (C.N. article 318, loi 72-3 du 3 janvier 1972) et existe d'ailleurs dans d'autres législations, notamment en droit polonais (C.c. de la République populaire de Pologne, article 69)". (L'italique est de nous).

augmentent en nombre. L'union libre progresse. A tort ou à raison le culte de la famille légitime est en régression²⁷.

10 - Dans cette optique²⁸, il ne saurait être question de refuser à l'enfant adultérin "à la mère" le droit à l'action en contestation de paternité pour lui permettre de bénéficier d'un droit conféré aux autres enfants adultérins. A l'encontre de la lettre du Code il s'agit de lui accorder ce que l'esprit de la loi lui reconnaît. Mais, permettre au nom de "l'équité" et du "juste" ainsi conçus et admis, que l'enfant conteste la paternité ne nous semble pas pouvoir être accepté sans qu'en contre-partie le mari bénéficie de pouvoirs lui permettant de se libérer plus facilement d'une obligation qui, somme toute, ne semble plus aussi nécessaire.

Ce sont les deux aspects d'un seul et même problème. L'octroi à l'enfant du droit à une action en contestation de paternité légitime, doit aller de pair avec la possibilité pour le mari, père présumé, de désavouer plus facilement, dans le cadre de la réalité physique un enfant qu'il sait ne pas être son enfant de sang²⁹. Pour certains, il peut sembler que le nouvel article 237 est symptomatique d'une évolution qui porte en elle-même les germes de l'équitable solution proposée. Pour d'autres, au contraire, permettre à l'enfant adultérin d'être légitimé peut ne pas signifier que le père ait le droit de se libérer plus aisément de la présomption de paternité, et cela, même si l'enfant est dorénavant autorisé à la combattre afin de bénéficier des dispositions contenues à l'article précité du *Code civil*.

Ainsi apparaît une situation conflictuelle mettant au prise une notion juridique ancienne et des concepts nouveaux témoignant de besoins nouveaux.

-
27. Autre exemple de l'opposition entre le fait et la règle "pater is est..." Louis BAUDOUIN, "La famille face à un code moderne", in *Le Droit dans la vie familiale*, op. cit., 60, à propos du rôle de l'insémination artificielle.
 28. Marc-Adélaïde TREMBLAY, "Le rajeunissement du Code civil: une entreprise multidisciplinaire", in *Le Droit dans la vie familiale*, op. cit., 68: "Il est incontestable que la famille est en pleine phase d'affranchissement des traditions".
 29. "Rapport sur la famille", op. cit., art. 117: "Est recevable tout moyen de preuve propre à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant".

II - L'ANACHRONISME DU DROIT ET LES SOLUTIONS IMAGINABLES.

A) La nouvelle finalité de la présomption "pater is est . . .".

11 - La rivalité entre juristes sociologues et, puristes du droit ou de la morale³⁰, ne nous permet pas de mettre directement en cause la présomption "pater is est . . .". Tant et aussi longtemps que le mari de la mère ne sera pas autorisé à désavouer plus largement l'enfant présumé légitime, l'action en contestation qui pourrait être exercée par l'enfant ou par un tiers demeurera contestée et contestable³¹. Bien plus, elle ne leur sera pas accordée. L'évolution sociale se fait certes pressante, des conceptions nouvelles apparaissent, mais les "forces contraires" réagissent pour que la famille légitime demeure la cellule de base de notre société. Ignorant qu'il ne s'agit nullement de détruire le concept de famille, mais simplement de le redéfinir³², les tenants de la légitimité attribuent à la présomption son caractère absolu. Non seulement le mari et les héritiers demeurent les seules parties à posséder le droit à "l'action en contestation de paternité légitime", mais il ne saurait être question d'ouvrir plus largement les cas de désaveu ou de déni. Ce faisant, ce n'est plus l'enfant qui est protégé mais la famille légitime en tant qu'institution sociale.

Face aux nouvelles dispositions légales qui modifient l'image de la famille traditionnelle en permettant à l'enfant adultérin d'être légitimé par le mariage subséquent de ses parents de sang (article 237 du *Code civil*), ou en autorisant l'établissement de la filiation naturelle à la demande de tout intéressé (article 241 du *Code civil*), la présomption "pater is est . . ." acquiert ainsi une finalité différente de sa finalité d'origine.

En s'abstenant de libérer l'enfant du lien de filiation paternelle, le mari peut agir dans son propre intérêt ou dans un but de vengeance

30. En ce sens, cf. Louis BAUDOUIN, *loc. cit.*, 58.

31. Interprétation et appréciation faites au nom de l'équité, cf. *supra*, no 10.

32. Cf. Louis BAUDOUIN, *loc. cit.*, 49 à 53.
F. ELKIN, "La Famille au Canada", avril 1964, Congrès canadien de la famille, 8: in "Rapport sur la Famille", *op. cit.*, 1 et 3. "Les observateurs ont déjà parlé de la dissolution de la famille. Nous admettons maintenant que la famille ne disparaît pas; en fait, elle change, s'adapte et se façonne de nouveaux cadres, mais toujours elle conserve les fonctions essentielles d'intégrer ses membres dans la société, de socialiser les enfants et de stabiliser les relations entre l'homme et la femme".

vis-à-vis de l'épouse infidèle, en tous les cas d'une manière préjudiciable à l'enfant. En refusant, comme il en a actuellement le droit, d'exercer l'action en désaveu de paternité qui garde un caractère discrétionnaire³³, il attribue à la présomption une finalité contraire à celle qui demeure fondamentalement la sienne: l'intérêt de l'enfant. En plus d'être axée sur l'intérêt de la famille légitime, elle pourrait assouvir l'intérêt du père désabusé.

12 - Face à cette situation, il convient de rechercher un moyen permettant à l'enfant de bénéficier de la présomption seulement quand il y va de son intérêt et de ne pas y être soumis dans le cas contraire³⁴. Dans cette hypothèse, il n'est plus question d'associer l'avenir de l'enfant avec le devenir du père. Indépendamment de la possibilité pour ce dernier de combattre la présomption "*pater is est . . .*", seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération.

B) La situation de l'enfant adultérin "à matre" face à l'article 237 nouveau du Code civil.

13 - Nous l'avons déjà dit, il n'existe pas dans notre législation actuelle d'action en contestation de paternité légitime qui puisse être exercée par l'enfant ou par un tiers autre que le mari de la mère ou ses héritiers. Seuls ces derniers peuvent combattre directement la paternité légitime. La contestation d'état d'enfant légitime ne peut porter que sur le lien de filiation maternelle. Ce n'est que lorsque la non-maternité aura été prouvée que la paternité disparaîtra. Ce principe découle logiquement de la philosophie originale de la présomption "*pater is est . . .*"³⁵. Ouvrir plus largement l'action en contestation aurait eu pour effet de vider de son sens l'article 218, en plus d'enlever toute raison d'être aux conditions restrictives du désaveu et du déni de paternité.

Aujourd'hui, compte tenu de l'évolution dans la conception de la présomption "*pater is est . . .*", il pourrait être tentant de considérer ce principe comme dépassé et d'affirmer que la paternité peut,

33. Sur le caractère absolu de la présomption et sur la thèse contraire, cf Jean PINEAU, *op. cit.*, 111, no 132, mais aussi 149 et 150.

34. J. PINEAU, *op. cit.*, 89 *in fine*.

35. Il convient d'ajouter qu'aucun texte légal ne permet à un tiers, autre que le père ou ses héritiers, de contester la paternité légitime.

à l'instar de la maternité, être contestée. La réforme de 1970 emportant modification de l'article 241³⁶ du *Code civil* milite en faveur de cette thèse. L'action en recherche de filiation naturelle qui est, maintenant, ouverte à tout intéressé, va permettre au père de sang de l'enfant adultérin "à matre" de faire établir le lien naturel l'unissant à l'enfant. Dès lors, l'établissement de la filiation avec un tiers devrait faire disparaître la filiation légalement présumée mais qui, par la preuve d'une autre filiation, se révélerait fautive. La recherche d'une filiation naturelle équivaldrait dans cette hypothèse, à une contestation indirecte de paternité³⁷.

14 - Malgré la pertinence et le grand intérêt de cette analyse, nous ne partageons pas l'ensemble du raisonnement.

Premièrement, il ne peut être question de rechercher une filiation naturelle sans avoir au préalable contesté la filiation préexistante, s'il en est une. L'action exercée par l'enfant ou un tiers dans le cadre de l'article 241 doit subir une fin de non-recevoir tant que la première filiation n'a pas été combattue³⁸.

Deuxièmement, la contestation prévue aux articles 232 à 234 auxquels l'alinéa 1 de l'article 241 nous renvoie doit être entendue restrictivement. Elle ne peut être exercée que s'il y a non conformité entre le titre de naissance et la possession.

-
36. Ancien article 241 :
"La recherche judiciaire de la paternité et de la maternité est permise à l'enfant naturel, et la preuve s'en fait tant par écrits que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes".
Et nouvel article 241 (mod. El. II, Bill 48, a. 9):
"La filiation naturelle s'établit tant par écrits que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes.
Le père ou la mère peut reconnaître son enfant naturel, mais cette reconnaissance ne lie que son auteur".
37. En ce sens, cf. Jean PINEAU, *op. cit.*, 150 et note 7a), et la chronique en référence "*Chronique méchante de méchante législation*", *loc. cit.*, 358 à 360, no 2.
38. "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*, art. 115:
"La reconnaissance de paternité ou de maternité est sans effet si elle contredit une filiation établie et qui n'a été infirmée en justice".
Commentaires pp. 320-321:
"Cet article, *de droit nouveau*, tend à éviter les reconnaissances multiples et les conflits de filiation. Ainsi, une personne qui désirerait réclamer pour sien un enfant dont la filiation est déjà établie devrait entreprendre une action en contestation d'état. Elle ne pourrait le faire d'ailleurs que dans la mesure où une telle action ne serait pas prohibée par l'article 125". (*L'italique est de nous*).

Voyons tour à tour ces deux (2) points.

15 - Le nouvel article 241 permet à quiconque d'établir une filiation naturelle et donc de contester une filiation préexistante. L'action en contestation peut être exercée pour combattre la paternité ou la maternité si la filiation est naturelle. Si la filiation est légitime, elle permet de combattre directement la maternité seulement, ou la paternité par le biais des désaveux préventif et défensif³⁹. Dans l'hypothèse qui nous occupe la filiation a été établie par le jeu de la présomption de paternité de l'article 218 du *Code civil*. S'agissant d'une filiation légitime, la contestation prévue à l'article 241 ne peut donc pas permettre d'atteindre directement la paternité.

Cette position se trouve corroborée par notre droit positif. Même adultérin l'enfant a toujours pu rechercher une paternité naturelle, mais il ne lui était pas permis pour autant de contester sa paternité légitime, s'il en avait une⁴⁰. L'établissement d'un lien de filiation est une chose, la contestation en est une autre. Et en ce sens, l'établissement d'une nouvelle filiation n'équivaut pas à la contestation admise d'une filiation antérieurement établie. Il est vrai par exemple que les père et mère peuvent unilatéralement reconnaître leur enfant naturel quel qu'il soit - la loi ne distinguant pas -, mais cette reconnaissance ne lie que son auteur⁴¹. Elle n'a aucun effet sur les filiations préexistantes. Et c'est logique. Si on acceptait que l'établissement d'une filiation naturelle à la demande de tout intéressé fasse disparaître la paternité légitime, la présomption "*pater is est . . .*" ne dépendrait alors que du bon vouloir des tiers, et la famille serait mise gravement en danger en la laissant se faire et se défaire à la fantaisie de chacun⁴². Qui plus est, on détournerait par la voie judiciaire toute la législation relative au désaveu de paternité.

39. Cf. *supra*, note 9 à propos de la maternité et les notes 11 et 12 pour les désaveux.

40. Son intérêt était purement alimentaire; cf. P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 130 et 138.
Cf. l'article 226 du *Code civil*:
"Si le désaveu n'a pas lieu (tel que prescrit au présent chapitre), l'enfant qui aurait pu être désavoué est tenu pour légitime".

41. Cf. article 241, al. 2 (nouveau):
"Le père ou la mère peut reconnaître son enfant naturel, mais cette reconnaissance ne lie que son auteur".
Cf. P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 264 et 265, no 141.

42. A. MAYRAND, *loc. cit.*, 179.
J. PINEAU, *op. cit.*, 89, no 111:
". . . il faut aussi que des étrangers ne puissent pas s'introduire dans cette famille, mais il faut encore éviter le scandale, protéger "la paix et l'honneur des familles"".

Par ailleurs, si on autorise un tiers à faire la preuve d'une nouvelle filiation ayant pour conséquence de faire disparaître la paternité légitime, il convient de lui reconnaître ce droit en tout temps, dans la mesure cependant où il est exercé antérieurement au mariage devant emporter la légitimation de l'article 237. A supposer que l'action soit intentée en dehors des délais mentionnés à l'article 223 du *Code civil*, comment pourrait-on soutenir que pour satisfaire à la finalité de l'article 237, un tiers pourrait faire échec à la filiation légitime légalement établie alors qu'en pareilles circonstances avec des preuves identiques, le père présumé ne le pourrait pas par le jeu de l'article 226⁴³ ?

16 - En faisant fi des considérations que nous venons d'envisager et en admettant qu'une bonne intelligence des textes 237 et 241 du *Code civil* - pris en complément l'un de l'autre -, nous autorise à concevoir une portée générale de l'article 241 afin de satisfaire à la finalité de l'article 237⁴⁴, nous ne saurions encore accepter l'analyse proposée. Il est certes intéressant et utile de pouvoir permettre à l'enfant adultérin "*a matre*", à sa mère ou à son père de sang de contester la paternité légitime, mais encore faut-il autoriser cette contestation dans tous les cas. En effet, justifier l'extension de l'article 241, c'est-à-dire permettre à quiconque de contester la paternité légitime, dans le seul but de satisfaire à la finalité de l'article 237, c'est ouvrir à tous les enfants adultérins "*a matre*" sans exception le droit à cette contestation. Or, il n'en est pas ainsi. Bien que largement entendu l'article 241 reste néanmoins soumis aux conditions prévues aux articles 231 à 234. En particulier, il est soumis à la nécessité d'une *non-conformité* entre le titre de naissance et la possession d'état pour qu'une action en contestation d'état puisse être exercée⁴⁵. Cette non-conformité n'est pas automatique. Le désaccord entre les époux peut intervenir plusieurs mois après la naissance: par exemple plus de

43. Article 226 du *Code civil*:

"Si le désaveu n'a pas lieu (tel que prescrit au présent chapitre), l'enfant qui aurait pu être désavoué est tenu pour légitime". Dans cette hypothèse d'étude le père serait forclos par suite de l'écoulement du délai de 2 mois pendant lequel il doit exercer l'action en désaveu de paternité.

44. Cf. *supra*, 19 et 20, no 13.

45. Cf. article 231:

"Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance".

J. PINEAU, *op. cit.*, 149 *in fine* et 150; *Chronique précitée*, 359; P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, 265, no 142.

six mois. Pourra-t-on soutenir dans cette hypothèse et au moment où "la mère et le père de sang" auront décidé d'engager toutes les procédures propres à leur mariage et à la légitimation de leur enfant, que celui-ci n'aura jamais une possession d'état conforme à son titre de naissance⁴⁶ ?

Si l'esprit égalitaire de l'article 237 commande une perception plus souple de l'article 241, il ne saurait pour autant nous permettre de le soustraire aux principes contenus dans les articles 231 à 234 du *Code civil*.

17 - En rejetant par ces motifs ce moyen propre à combattre la paternité légitime, il ne s'agit nullement de reconnaître que la présomption "*pater is est . . .*" et l'action en contestation de paternité légitime demeurent toutes deux fidèles à l'image que les codificateurs en avaient au 19^e siècle. Certes les réformes apportées au Code ne nous permettent pas de fonder le droit de l'enfant ou d'un tiers à l'action en contestation de paternité, et, l'évolution des concepts moraux et sociaux ne nous autorise pas à "faire dire aux textes plus qu'ils ne disent". Mais, il est cependant possible d'affirmer que, sans être contestée fondamentalement, la présomption "*pater is est . . .*" n'en est pas moins affaiblie. L'action en contestation de paternité légitime qui seule peut anéantir les effets de la présomption devrait donc n'être plus aussi rigide. L'action en désaveu devrait pouvoir être exercée plus largement, en particulier au regard du délai d'action⁴⁷. En même temps elle devrait pouvoir faire l'objet d'un *abus* alors qu'elle était et est toujours considérée comme *purement discrétionnaire*. En ne l'exerçant pas, le mari commettrait un abus de droit dans l'hypothèse où son abstention volontaire préjudicierait à l'enfant en contrevenant à la finalité de la présomption.

"*Rapport sur la famille*", *op. cit.*, L'article 125 reprend intégralement cette règle:
"Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession d'état conforme à ce titre.
Sous réserve des articles 118 et 119, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son titre de naissance".

46. En ce sens "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*
Cf. le délai de six (6) mois de l'art. 118 et interprétation des textes avec l'art. 125, al. 2:
Art. 118: "Le recours en désaveu ou en contestation de paternité se prescrit par six mois à compter de la naissance de l'enfant. Toutefois, ce délai ne court contre le mari qu'à compter du jour où il connaît la naissance".
Art. 125, al. 2: "Sous réserve des articles 118 et 119, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son titre de naissance".
47. "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*, art. 118.

L'introduction de la notion d'abus de droit dans le domaine des droits personnels et plus spécialement à propos du désaveu de paternité peut surprendre. Ce n'est pas du fait de l'application de cette théorie que l'enfant pourra exercer lui-même l'action en désaveu. Au mieux, il pourrait demander que son père présumé légalement exerce cette action sans pouvoir cependant l'y contraindre. Cette analyse fondée sur la théorie de l'abus de droit ne fait qu'établir l'existence d'un certain déséquilibre entre les pouvoirs reconnus au père présumé d'une part et l'intérêt de l'enfant d'autre part. Elle nous permet de penser que pour recréer l'équilibre, il y aurait lieu de diminuer les pouvoirs du père, ou d'accroître ceux reconnus à l'enfant. L'attribution de "l'action en contestation de paternité" à ce dernier pourrait alors apparaître comme une solution logique⁴⁸.

18 - Le danger représenté par l'abus de la part du père n'est pas un vain mot. Le législateur a prévu une hypothèse dans laquelle il est possible de faire échec à un refus abusif du père en de pareilles circonstances. Il s'agit en l'occurrence du refus que pouvait opposer le père ou la mère d'un enfant mineur à l'adoption de cet enfant par le nouveau conjoint de l'un ou l'autre des époux qui était uni précédemment dans les liens d'un premier mariage avec celui qui s'oppose à l'adoption⁴⁹. L'article 23⁵⁰ de ladite loi permet en effet au Tribunal, qui doit prononcer l'adoption, de passer outre à un refus abusif.

Dans l'intérêt de l'enfant on va donc jusqu'à considérer comme abusif non pas le refus qu'un père fictif oppose à la légitimation d'un enfant par son vrai père de sang, mais celui que le vrai père de sang oppose à la légitimation de son enfant par un père adoptif⁵¹. Ainsi la

48. "Rapport sur la famille", *op. cit.*, art. 116, al. 2.

49. Article 7, paragraphe c) de la *Loi de l'adoption*:
"Lorsque le mariage de ses père et mère a été annulé ou a été dissous par décès ou divorce, que l'adoptant est le nouveau conjoint de l'une des parties au mariage annulé ou dissous et que le consentement de l'autre partie à ce mariage, si elle survit, a été obtenu;"

50. Article 23 de la *Loi de l'adoption*:
"Si, après la signification prévue aux articles 21 et 22, les personnes dont le consentement est requis font défaut de comparaître ou si, comparissant, elles ne s'opposent pas à l'adoption, ou si elles refusent *abusivement* d'y consentir, le tribunal peut passer outre". (L'italique est de nous).

51. Ce point de vue ne se retrouve pas expressément formulé dans les textes, mais ces derniers ne l'excluent pas. Une pareille interprétation est donc laissée aux tribunaux, qui légalement pourraient, à leur discrétion, aboutir à une telle conséquence.

volonté du législateur est clairement exprimée et, ne serait-ce la rédaction des textes légaux tels qu'ils existent, il apparaît évident que le problème auquel est confronté l'enfant adultérin "*a matre*" serait résolu.

CONCLUSION

19 - C'est en faisant appel à la *Loi de l'adoption* que nous concluons sans rester dans une impasse. Elle nous permet de présenter une "solution de palliatif" qui, sans résoudre le problème général de l'action en contestation de paternité légitime, apporte à l'enfant adultérin "*a matre*" la possibilité d'être, lui aussi, l'enfant légitime de ses père et mère de sang qui se marient.

En effet, si l'enfant ne peut lui-même exercer une quelconque action en contestation de paternité légitime, s'il ne peut non plus forcer son père présumé à exercer l'action en désaveu, il pourra tout du moins être adopté et ce malgré l'avis contraire du père si cet avis est abusif, c'est-à-dire préjudiciable à l'enfant. Le résultat est semblable à celui de la légitimation par mariage subséquent. L'enfant adopté devient, à tous égards et à l'égard de tous, l'enfant légitime de l'adoptant⁵². Là, comme au niveau de la présomption "*pater is est . . .*", c'est l'intérêt de l'enfant qui est recherché⁵³. Et, s'il est vrai que le véritable père de l'enfant ne sera son père légitime que par l'effet de l'adoption (et non pas parce qu'il est son père de sang - comme dans l'hypothèse de la contestation et de la légitimation par mariage subséquent -), nous osons croire que le secret de la procédure d'adoption⁵⁴ évitera que cette vérité *purement juridique* soit portée à la connaissance de l'enfant ou des tiers.

52. Cf. article 38, paragraphe a) de la *Loi de l'adoption*:

"A compter de la date du jugement prononçant l'adoption:

a) l'adopté devient, à tous égards et à l'égard de tous, l'enfant légitime de l'adoptant et celui de son conjoint si ce dernier s'est porté partie à la requête d'adoption;"

53. Cf. article 2 de la *Loi de l'adoption*:

"L'adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi; elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant".

54. Cf. à ce sujet J. PINEAU, 143, no, 164.

20 - Le problème de l'attribution de l'action en contestation de paternité légitime ne semble pas pouvoir être solutionné autrement que par la voie législative du fait de l'ancienneté des institutions et des principes qui sont en jeu⁵⁵.

Qu'il en soit fait ainsi. Nous pensons qu'il est temps que le désaveu soit plus largement ouvert et que la paternité légitime puisse être contestée par l'enfant⁵⁶.

En attendant, nous ne pouvons offrir à l'enfant adultérin "*a matre*" que l'échappatoire de l'adoption. Ce n'est pas la victoire que nous lui proposons mais un armistice; ce n'est pas la paix mais une conférence au sommet de la Colline parlementaire à Québec.

-
55. En ce sens, Maximilien CARON, *loc. cit.*, 25:
Notre *Code civil* - "... est resté plus ou moins immobile depuis 100 ans, alors qu'en marge de ses dispositions, soit en vertu de principes généraux, soit par des lois, ont fleuri des institutions qui, sans doute, auraient dû s'y trouver réglementées. La vie n'attend pas. Elle provoque les initiatives. Mais tous les espoirs sont dorénavant permis".
56. En ce sens et dans un domaine plus vaste, cf. Jean PINEAU, *Chronique précitée*, 359 *in fine* et 360.
Cf. en ce sens: l'esprit du Comité du Droit des personnes et de la famille, "*Rapport sur la famille*", *op. cit.*