

Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel

Jean-Louis Baudouin *

L'augmentation sensible des naissances hors mariage dans la province de Québec¹ et les bouleversements que semble connaître actuellement la cellule familiale québécoise dans sa structure traditionnelle amène le juriste à reconsidérer avec attention le problème de la situation juridique de l'enfant naturel. Le droit civil ne reconnaît à tort ou à raison que la famille légitime en tant qu'entité juridique, parce qu'elle seule offre une certaine garantie de stabilité sociale. Or, dans une perspective sociologique, on pourrait taxer notre droit de manquer de réalisme social, car la famille naturelle existe et constitue un phénomène sociologique réel et actuel. Il semblerait donc que sans aller jusqu'à en reconnaître l'existence sur le même plan que la famille légitime, le législateur ait le devoir au moins de s'occuper des membres qui la composent et d'organiser leurs relations juridiques les uns par rapport aux autres.

Les raisons juridiques qui ont été invoquées pour justifier l'ignorance du groupe de la famille naturelle transparaissent clairement à la lecture de notre Code et ont souvent même été énergiquement défendues par des juristes chevronnés:² désir de protéger les droits

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

¹ 3,650 (3.0%) en 1951

3,913 (3.1%) en 1952

4,163 (3.2%) en 1953

4,420 (3.3%) en 1954

4,285 (3.2%) en 1955

4,454 (3.3%) en 1956

4,506 (3.2%) en 1957

4,625 (3.3%) en 1958

4,888 (3.4%) en 1959

4,902 (3.6%) en 1960

4,931 (3.6%) en 1961

5,159 (3.8%) en 1962 — Ces taux sont par 100 naissances —

Rapport du Service de la démographie, année 1962.

En 1951, la province de Québec comptait 120,930 naissances par rapport à 135,000 en 1962.

² Par exemple: R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1ère éd., 1937, p. 101 et suivantes; E. Billette, *Donations et testaments*, Montréal, 1933, No 234 et suivants, p. 171 et suivantes; G. Trudel, *Traité de droit civil*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, V. 2, p. 124 et suivantes; L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 235 et suivantes.

de la famille légitime, refus de sanctionner une conduite contraire aux bonnes mœurs, refus d'encourager la prolifération des unions libres, etc.... Il est frappant cependant de constater que toutes ces raisons se situent au niveau de l'intérêt de groupe et ne prennent aucunement en considération les intérêts particuliers des individus qui forment ce groupe et dont les droits sont affectés par leur appartenance à une famille « para-juridique ».

C'est peut-être la raison fondamentale de la situation inique qui est faite à l'enfant illégitime dans le droit de notre province. Il ne semble par *a priori* que rapprocher les droits de l'enfant naturel de ceux de l'enfant légitime équivaille à la reconnaissance de la famille naturelle. Cet enfant, qui n'a pas demandé à naître, se trouve en effet à supporter sa vie durant les conséquences juridiques de la faute de ses parents. Que ce même enfant d'après les textes ne puisse exiger de ses parents que le droit aux aliments, c'est-à-dire le droit de survivre et rien d'autre, apparaît pour le moins surprenant en plein XX^e siècle. De prime abord en effet, les parents naturels ont une responsabilité morale et sociale envers leur enfant et il paraît étrange que cette responsabilité ne soit limitée qu'aux aliments. Le droit actuel ne permet pas en effet d'exiger que ceux-ci assument vis-à-vis de leur progéniture les devoirs normaux que les parents ont envers l'enfant légitime.

En voulant délibérément ignorer et fermer les yeux sur le phénomène social de la famille naturelle, le législateur a été amené à réduire au strict minimum les droits de l'enfant naturel, contribuant ainsi à en faire une sorte de déclassé juridique. Il convient de se demander s'il n'est pas mauvais pour une législation, sous prétexte de ne pas donner de sanction à un phénomène de comportement antisocial, d'ignorer complètement les conséquences que peut produire ce phénomène sur la vie juridique des individus. Le législateur n'aurait-il pas dû s'attaquer au problème de l'illégitimité en ayant comme objectif premier la sauvegarde des droits de l'enfant naturel ?

Avant de pouvoir répondre à cette double question, il apparaît nécessaire de faire le point sur la situation juridique actuelle de l'enfant naturel dans le droit de notre province.

I - La situation juridique actuelle de l'enfant naturel

Celui qui veut examiner avec un oeil critique l'état actuel du droit québécois sur la question se doit d'effectuer un bref retour en arrière pour retracer les origines exactes des dispositions du Code civil sur le sujet. Ces dispositions sont fort peu nombreuses. Le Code traite

uniquement dans le titre de la filiation des conditions de légitimité de l'enfant³ et ne consacre que cinq articles⁴ aux enfants naturels, dans lesquels il réfère à sa légitimation et aux droits qui peuvent lui compéter à la suite d'une reconnaissance volontaire ou forcée. A ces dispositions il convient d'ajouter certaines règles particulières telles par exemple celles relatives à sa capacité de recevoir par donation entre vifs.⁵

A - Evolution historique :

Dans l'ancien droit français, la condition d'enfant légitime ou de bâtard avait une importance considérable,⁶ surtout parmi la classe noble de la société de l'époque. Les bâtards ne succédaient pas aux titres de noblesse, ne possédaient aucun droit d'aînesse, ne pouvaient prétendre à aucun droit sur l'héritage de leurs parents ni exercer le droit au retrait lignager.⁷ Ils étaient considérés comme ne faisant pas partie de la famille, ce qui explique qu'à une certaine époque du droit médiéval, le seigneur succédait aux biens des bâtards décédés sur son fief.

Au temps de Pothier, les parents naturels avaient toutefois le devoir de nourrir l'enfant, de l'élever dans la religion catholique et de « ... lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie. »⁸

Le droit napoléonien devait rompre assez nettement avec la tradition de l'ancien régime. Pendant la période révolutionnaire précédant la promulgation du Code civil, une loi du 12 Brumaire An II complétée par celles du 15 Thermidor An IV, du 2 Ventôse An VI et par le décret du 2 Germinal An XI, accordait à l'enfant naturel un droit de succession sur le patrimoine de ses parents naturels, à l'exception toutefois des enfants adultérins. S'il faut en croire Boileux,⁹ l'art. 338 du Code Napoléon qui précise que « l'enfant

³ Articles 218 C.C. et suivants.

⁴ Articles 237 C.C. à 241 C.C.

⁵ Article 768 C.C.

⁶ Voir à ce sujet: Renée Barbarin, *La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris*, Mayenne, Imprimerie Floch, 1960, p. 33 et suivantes.

⁷ « *Oeuvres de Pothier* » par Bugnet, Paris, Cosse et Marchal, 1861, vol. 9, p. 46 et suivantes.

H. Desrivières-Beaubien, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, Montréal, Duvernay, 1832, Tome I, p. 13 et 14.

⁸ Pothier, *op. cit.*, vol. 6, No 394, p. 179, à la p. 180.

⁹ J.-M. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6e éd., Paris, Maresq, 1866, vol. 10, p. 165.

naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime », avait pour but de rassurer l'esprit du public inquiété par les bouleversements du droit révolutionnaire. Le Code Napoléon brisait la tradition avec l'ancien droit et semblait se montrer plus avantgardiste en accordant une part successorale à l'enfant illégitime.¹⁰ Ce progrès était cependant compensé par une double restriction, puisque d'une part ce droit successoral n'était accordé à l'enfant qu'à la condition qu'il ait été reconnu et que d'autre part le Code Napoléon limitait l'établissement de la filiation naturelle en interdisant l'action en recherche de paternité sauf dans le cas de rapt.¹¹

Le rapport des codificateurs¹² n'apporte à vrai dire aucune lumière particulière sur leur politique législative. Sur la plan normatif il est hors de doute cependant que ces derniers, après avoir comparé le droit français de l'époque à l'ancien droit, ont préféré le second au premier. Au point de vue successoral, les codificateurs n'ont pas jugé utile de permettre à l'enfant naturel de succéder à ses parents morts *ab-intestat*, sanctionnant ainsi la formule de l'ancien droit français. Dans leur rapport, les rédacteurs du Code civil avouent qu'ils auraient été portés à rétablir les anciennes restrictions quant aux dispositions testamentaires s'ils n'avaient pas désiré faire passer au premier plan le principe de la liberté illimitée de tester.¹³ La fidélité des commissaires à l'ancien droit français a d'ailleurs été telle qu'ils ont refusé d'endosser les dispositions du Code Napoléon qui font de la reconnaissance préalable une condition de la légitimation en cas de mariage subséquent des concubins. Ils ont considéré l'exigence du Code Napoléon comme « ... *étrangère à notre droit*,¹⁴ et ont fait retour à l'ancien système coutumier. De plus, fidèles encore à l'ancien droit français, ils ont admis l'action

¹⁰ Articles 756 à 766 C.N. anciens, modifiés par la Loi du 25 mars 1896; Voir également: J. Bonnet, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*, 2e éd., Paris, Boccard, 1928, p. 296 et suivantes.

¹¹ Art. 340 C.N. ancien. L'abolition de l'action en recherche de paternité était due principalement aux abus qu'avait entraînés dans l'ancien droit, l'exercice de cette action.

Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 4e éd., Paris, Hachette, 1870, vol. 5, p. 313 et suivantes; Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil*, 3e éd., Paris, Sirey, 1907, Tome 4, No 673 et suivants, p. 658 et suivantes.

¹² *Rapport des Codificateurs*, Québec, Desbarats, 1865, 2e rapport, p. 200 et suivantes.

¹³ *Op. cit.*, 5e rapport, p. 154: « Les Commissaires auraient été portés plutôt à rétablir du moins en partie les anciennes restrictions quant aux testaments, s'ils n'eussent préféré laisser dans toute sa généralité la loi qui avec la liberté absolue de tester a introduit un changement qui sert de base à tout le sujet des dons gratuits. »

¹⁴ *Op. cit.*, 3e rapport, p. 200.

en recherche de paternité. En reproduisant donc l'ancien droit français, le droit québécois s'est montré aussi sévère que lui pour l'enfant naturel en limitant ses droits aux aliments, comme si la chose était parfaitement normale et sans se poser la question de savoir s'il n'aurait pas été opportun d'étendre les droits de l'enfant naturel.

Depuis la promulgation du Code Napoléon, nombre d'amendements sont venus améliorer la condition de l'enfant illégitime français. Une loi du 16 novembre 1918, complétée par la loi du 15 juillet 1955¹⁵ et amendant l'art. 340 C.N., a élargi le champ de l'action en recherche de paternité naturelle. De plus, les lois du 25 avril 1924, du 5 juillet 1956, notamment, ont permis la légitimation de l'enfant adultérin.¹⁶ La nouvelle législation sur la légitimation adoptive a également favorisé l'assimilation sociale et juridique de l'enfant naturel.¹⁷

Si par contre on cherche à retracer l'évolution du droit québécois en la matière, c'est malheureusement un procès-verbal de carence qu'il faut dresser. Depuis cent ans en effet, aucune modification de la situation de l'enfant naturel n'a vu le jour dans notre droit civil. Il faut signaler cependant que sur le plan social la « *Loi de l'adoption* » a considérablement amélioré le sort des enfants naturels abandonnés et a permis également aux enfants adultérins d'être adoptés par leurs véritables parents et de tourner ainsi les prohibitions des art. 606 et 768 du Code civil. Ce n'est là cependant qu'un moyen accessoire puisqu'il soumet en fait la situation de l'enfant au bon vouloir de ses parents, ce dernier n'ayant évidemment aucun droit en l'adoption elle-même. La « *Loi des accidents du travail* » par contre¹⁸ nous fournit un exemple intéressant sur le plan juridique. Dans son art. 2n, elle définit les termes « *membres de la famille* » d'une façon très large incluant les personnes *in loco parentis* vis-à-vis de l'ouvrier et celles à l'égard desquelles l'ouvrier se trouve *in loco parentis*. La présente loi qui date de 1931¹⁹ a remplacé une loi antérieure de 1909.²⁰ Cette dernière, dans son art. 3, prévoyait qu'une indemnité pourrait être payée « *aux enfants légitimes ou*

¹⁵ Voir commentaires de G. Ripert, *La condition des enfants adultérins après les lois du 15 juillet 1955 et 5 juillet 1956*, D-1956, Chronique — 133.

¹⁶ G. Ripert, *précit.*, p. 135.

¹⁷ Voir P. Raynauld, *Le nouveau régime de l'adoption et de la légitimation adoptive*, D-1959, Chronique — 147; *L'adoption et la légitimation adoptive dans la loi du 1er mars 1963*, D-1963, Chronique — 133.

¹⁸ « *Loi des accidents du Travail de Québec* », S.R.Q. 1964, ch. 159.

¹⁹ 21 Geo. V, ch. 100.

²⁰ 9 Ed. VII, ch. 66. Voir: *Canada Cement v. Hanchuck* (1917) 26 B.R. 434; *Asbestos Mines Ltd. v. Charest* (1926) 32 R.L. n.s. 416 et 441.

naturels reconnus ». Le texte actuel semble cependant être aussi large que l'ancien texte et donne le droit à l'enfant naturel de réclamer à raison du décès de son père ouvrier.

Devant cette totale absence de progrès législatif du Code civil, on aurait pu penser, tout en restant dans le cadre de la loi, que la jurisprudence aurait cherché à adoucir quelque peu le sort des enfants naturels en donnant aux dispositions les concernant une interprétation libérale. Or le phénomène inverse s'est produit et la jurisprudence s'est montrée aussi réticente que le législateur. La raison véritable de cet état de choses transparaît à la lecture de certains arrêts.²¹ La jurisprudence a craint de reconnaître un statut juridique à la famille naturelle en se montrant libérale vis-à-vis de l'enfant. Ainsi, force nous est de constater qu'en la matière notre droit civil est demeuré dans une réserve prudente et n'a pratiquement pas évolué depuis le XIX^e siècle.

B - Les droits de l'enfant naturel :

Il convient ici de distinguer pour plus de clarté entre les droits que l'enfant naturel possède relativement à sa filiation même et qui ont donc un caractère extra-patrimonial et ceux qui, au contraire, revêtent un caractère purement pécuniaire. Le droit à la légitimation et celui d'établir sa filiation relèvent du premier groupe, le droit aux aliments et à la réception par donation et testament du second.

1 - Droits relatifs à la filiation

L'établissement de la filiation naturelle est pour l'enfant la condition préalable à la détention de toute créance alimentaire. Cependant avant de nous intéresser à cette question, il est nécessaire d'examiner rapidement la possibilité qu'a l'enfant naturel d'accéder à la famille légitime au moyen de la légitimation.

a) La légitimation :

Le droit québécois permet la légitimation de l'enfant naturel simple par le mariage subséquent de ses parents naturels et veut

²¹ Voir notamment: *Town of Montreal West v. Hough* (1931) S.C.R. 113. Anglin, j.c., p. 120-121:

"It would be a libel on that province to suggest that... illegitimacy is there less disfavoured by law than it is in England, or in any province of Canada whose legal system is based on English common law."

ainsi favoriser l'union légitime des concubins et faire bénéficier l'enfant de la régularisation de la situation de ses parents. La légitimation est un droit fondamental de l'enfant en ce sens qu'il ne dépend en aucune façon d'un acte volontaire de ses parents. Le mariage seul suffit à transférer la qualité d'enfant légitimé sans qu'il soit nécessaire, comme en droit français, de procéder auparavant à une reconnaissance.²² Le Code suit en cela les règles de l'ancien droit français dont le Code Napoléon a cru bon de se débarrasser. Il faut néanmoins pour que cette légitimation soit valable que l'enfant soit bien celui du mari de sa mère et le mariage d'une fille-mère avec une personne autre que le père de l'enfant n'aurait évidemment pas pour effet d'emporter légitimation.²³ De plus, la légitimation ne peut s'appliquer qu'aux enfants conçus et nés hors mariage. Si en effet l'enfant conçu en dehors du mariage naît dans le mariage, même antérieurement aux 180 jours qui suivent la cérémonie, il est réputé légitime sauf désaveu du mari.²⁴ Cette constatation n'a pas un intérêt purement académique puisqu'il faut se rappeler que la légitimation ne confère les droits et obligations de la légitimité qu'au jour du mariage des parents et sans effet rétroactif. Il faut enfin qu'il n'existe à l'époque de la conception aucun empêchement au mariage de ses parents, résultant soit d'un mariage déjà existant (relations adultérines), soit d'un lien du sang (relations incestueuses), car le Code prohibe d'une manière expresse et non équivoque la légitimation des enfants adultérins et incestueux. Certains auteurs se sont plu à signaler l'excès de juridicité de la loi en la matière.²⁵ Les motifs de cette prohibition tiennent à la fois à la politique sociale sous-jacente et à une argumentation purement juridique.

D'une part, dit-on, accorder le bénéfice de la légitimation aux enfants incestueux ou adultérins serait encourager l'inceste et l'adultère. Reconnaître les fruits de telles unions et permettre qu'ils deviennent un jour légitimes serait favoriser socialement la création ou la continuation de ce genre d'unions tenues pour immorales. Le législateur suppose que la perspective de l'impossibilité de légitimer l'enfant constitue un frein à l'établissement de ces relations ou un empêchement à leur prolongation. La règle est donc conçue en définitive comme une règle répressive à l'égard des parents. Cependant

²² Art. 331 C.N. Encyclopédie Dalloz — Répertoire de droit civil, Paris, 1953, Tome III, No 25, p. 26 et suivantes.

²³ *Lahay v. Lahay* (1894) 5 C.S. 261; (1894) 6 C.S. 366. Voir: V. Bergeron, *La légitimation et l'adoption de l'enfant hors mariage*, (1960) 4 Cahiers de Droit 14.

²⁴ Art. 221 et 222 C.C. — Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 114.

²⁵ Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 114 et suivantes; L. Baudouin, *op. cit.*, p. 247.

cette répression n'atteint en réalité que l'enfant et non les parents eux-mêmes. Le législateur qui veut sanctionner la conduite des parents se trouve à nuire aux intérêts de l'enfant lui-même sans atteindre véritablement ceux qu'il considère comme les vrais coupables.

Le second motif à la prohibition de l'art. 237 C.C. est d'ordre purement juridique. La loi se place en principe au moment de la conception pour déterminer le caractère de la filiation de l'enfant. L'époque de la naissance a également son importance, mais uniquement pour permettre une plus grande accessión à la légitimité. Or, dit-on, dans le cas présent, tout mariage était par hypothèse juridiquement impossible entre les parents de l'enfant au moment de sa conception, soit en raison d'un autre mariage déjà existant, soit en raison d'un lien de parenté rendant l'union illégale. Dès lors, on prétend que la conception de l'enfant est entachée d'un vice rédhibitoire, qui ne saurait être réparé par mariage subséquent. Ce second motif ne nous semble guère plus convaincant que le premier.

Quant à l'enfant incestueux, il est possible que ses parents après avoir obtenu une dispense gagnent le libre accès au mariage puisque l'inceste ne résulte pas seulement des relations entre père et fille ou mère et fils mais aussi de celles entre cousins à un degré prohibé. Si ceux-ci peuvent donc légaliser leur union de fait, pourquoi n'en pas faire bénéficier le fruit de cette union au même titre et en la même manière que l'enfant naturel simple ? Le droit québécois qui pourtant admet largement les interdits religieux se montre plus sévère à cet égard que le droit canon qui permet, lui, la légitimation en cas de dispense canonique subséquente accordée aux parents incestueux.²⁶

Quant à l'enfant adultérin d'autre part, cette prise de position serait logique si elle s'accompagnait d'une prohibition des concubins adultérins de se marier même après divorce ou mort du conjoint qui fait obstacle au mariage. Or la loi n'interdit pas à l'époux veuf de se remarier avec son complice et la jurisprudence reconnaît pour valable le mariage qui suit un divorce prononcé valablement. Là encore, si l'on permet aux concubins adultérins d'accéder au mariage, pourquoi empêcher la légitimation de leur enfant ? Il semble que dans son désir de stigmatiser et de sanctionner l'adultère, le législateur ait malencontreusement fait porter les conséquences fâcheuses de cette sanction sur l'enfant et non sur les parents. Le mariage va se trouver à effacer les effets de leur faute mais prolongera ces mêmes effets à l'égard des enfants qui de toute façon demeureront

²⁶ Trudel, *op. cit.* v. 2, p. 115.

illégitimes sauf mariage putatif. Ce mariage putatif ne peut exister, dans le cas de relations incestueuses, que si au moins l'un des époux ignorait la cause d'empêchement au mariage. Dans le cas de relations adultérines, il faudrait qu'un des époux soit bigame et que l'autre ignore au moment du prétendu mariage l'existence de l'union antérieure de son conjoint. Il apparaît que de toute façon il y a là un état de droit non seulement illogique mais encore souverainement injuste qui oblige les parents à passer par la voie de l'adoption pour donner à leur enfant ce caractère apparent de légitimité.²⁷

La légitimation de l'enfant incestueux et surtout de l'enfant adultérin n'est cependant pas sans soulever certains problèmes complexes, notamment quant à la position exacte qu'il doit occuper au sein de la famille légitime, c'est-à-dire des autres enfants et surtout quant à la preuve de la filiation, laquelle peut engendrer des conflits avec la filiation légitime. Ce problème n'a cependant rien de particulier à la relation adultérine mais existe dans tous les cas de légitimation par mariage subséquent des parents. Il suffit pour s'en convaincre d'observer le cheminement de la pensée législative française sur le sujet. Dès 1907,²⁸ le législateur français permettait la légitimation de l'enfant adultérin. Des lois subséquentes²⁹ sont venues préciser les conditions d'accession à la légitimation. S'il est évident que le législateur québécois se devrait de permettre et même de favoriser la légitimation des enfants adultérins et incestueux, il semble non moins évident qu'il devrait au préalable tenir compte des nombreux problèmes et des conséquences juridiques qu'une telle décision ne manquerait pas de provoquer.

b) La recherche de la filiation naturelle :

Le Code du Québec, à l'encontre du code français, admet très largement l'action en recherche de filiation naturelle. Si l'on veut bien considérer avec réalisme, pour ne pas dire avec un certain cynisme, ce libéralisme de nos codificateurs, il faut avouer qu'il ne pouvait en être qu'ainsi puisque les risques que comporte l'établissement de la filiation naturelle illégitime sont peu considérables pour les parents. La reconnaissance forcée fait uniquement naître un droit de créance alimentaire et n'a aucune influence sur le droit de successibilité de l'enfant à ses parents naturels. Dès lors, l'enjeu

²⁷ « *Loi de l'adoption* », S.R.Q., 1964, ch. 218, art. 6.

²⁸ Loi du 7 novembre 1907.

²⁹ Loi du 30 décembre 1915 — Loi du 25 avril 1924 — Loi du 14 septembre 1941 — Ordonnance du 3 mai 1945 — Loi du 5 juillet 1956.

étant relativement peu important, rien n'empêchait d'admettre largement ces actions. Qu'il soit permis de soupçonner que si les codificateurs avaient octroyé une vocation successorale à l'enfant naturel, ils se seraient montrés peut-être un peu moins généreux.

Les actions en recherche de filiation naturelle sont de deux sortes suivant que le but poursuivi est l'établissement de la paternité ou de la maternité. Ces deux actions présentent des différences notables mais ont en commun un caractère extra-patrimonial qui les rend personnelles à l'enfant.

Par l'action en recherche de maternité naturelle, le demandeur cherche à démontrer qu'il est bien le fils naturel de sa mère. Il doit donc prouver d'une part le fait matériel de l'accouchement de sa mère à l'époque de sa propre naissance et d'autre part son identité avec l'enfant dont elle a accouché. Cette preuve est relativement facile au contraire de celle que doit fournir l'enfant dans l'action en recherche de paternité naturelle. La preuve de paternité, malgré les examens du sang et les progrès scientifiques faits en la matière, ne peut jamais aboutir à une absolue certitude. La justice doit se contenter d'accréditer la force probante d'une série de présomptions de fait qui rendent probable la paternité du défendeur.³⁰ Ainsi, la seule preuve de l'existence de relations sexuelles entre le défendeur et la mère de l'enfant au moment de la période présumée de sa conception ne suffit pas à établir cette filiation.³¹ La proposition inverse est également vraie. Le fait que la mère de l'enfant ait eu à l'époque de la conception des relations sexuelles avec d'autres hommes ne permet pas à lui seul d'écarter la paternité du défendeur³² sauf s'il est clairement démontré qu'au moment de la conception la mère était une véritable prostituée.³³ Par contre, la preuve d'une impossibilité matérielle de cohabitation pendant la période présumée de la conception constituerait sans nul doute une défense complète à l'action. Cette difficulté de preuve de la paternité qui tient à la nature des choses est évidemment d'autant plus regrettable pour l'enfant si l'on en considère les conséquences sur le plan économique. Il est à présumer en effet que dans la majorité des cas, l'homme, c'est-à-dire le père, sera dans une meilleure situation économique et financière pour satisfaire à l'obligation alimentaire. Il reste à espérer que

³⁰ Voir par exemple: *Corbett v. Lovett* (1929) 35 R.L. n.s. 347; *Lafrance v. Dickie* [1958] C.S. 521.

³¹ *Denault v. Banville* (1894) 7 L.N. 149; *Valiquette v. Savage* (1897) 12 C.S. 421; *McAuley v. McLennan* (1901) 20 C.S. 205; *Rattigan v. Robillard* (1904) 26 C.S. 222; *Miller v. Lepitre* (1889) 33 L.C.J. 280.

³² *Lizotte v. Descheneau* (1883) 6 L.N. 170.

³³ *Walker v. Worthen* (1947) R.L. 166.

dans l'avenir la génétique nous apporte un procédé scientifique permettant de déterminer avec un certain degré de certitude la preuve positive de la paternité.

Notre droit permet toutefois à l'enfant d'utiliser dans la recherche de sa filiation naturelle les mêmes modes de preuve (écrits, témoins, commencement de preuve par écrit) que ceux qui peuvent être employés pour rechercher la maternité et la paternité légitimes.³⁴ Il ne semble pas qu'il faille tenir pour valable l'opinion émise par Mignault³⁵ selon laquelle l'acte de naissance ne peut faire preuve que s'il est signé par le père ou la mère de l'enfant. L'acte d'état civil étant un écrit authentique et prouvant la filiation légitime, dans l'état actuel de notre droit, sans que la signature soit indispensable, il ne semble pas, vu le texte de l'art. 241 C.C., que l'on puisse faire exception à ce principe dans le cas de la filiation naturelle. Dans son ensemble, on peut estimer comme très satisfaisant l'état actuel de notre droit sur l'établissement de la filiation naturelle qui, d'une part, ne pose en principe aucune entrave à l'exercice du recours et d'autre part, facilite la preuve que doit rapporter l'enfant en le faisant bénéficier du même régime de preuve que l'enfant légitime.

2 - Droits à caractère patrimonial

L'organisation législative des droits de l'enfant naturel se fait sur un plan très différent de celle de l'enfant légitime, car en dépit du lien de sang qui relie le bâtard à ses père et mère, la relation juridique de père ou mère à enfant ne s'insère pas dans le cadre de la famille. Le refus du législateur de reconnaître sous quelque aspect que ce soit la famille naturelle l'a inévitablement conduit à réduire cette relation au strict minimum. Ne pouvant pas malgré tout abandonner totalement l'enfant à son sort, le législateur a prévu que ses parents naturels ne lui devront qu'une aide matérielle minimum. Les textes octroient ainsi à l'enfant naturel le droit aux aliments, mais nulle part dans le Code civil, sinon dans la jurisprudence, n'oblige-t-on ses parents à l'éduquer convenablement, à l'élever eux-mêmes et à l'entretenir.

a) Droits aux aliments

La jurisprudence s'est montrée à la fois prudente et ferme dans l'interprétation de l'art. 240 C.C. Ce dernier prévoit que la recon-

³⁴ Art. 241 C.C.

³⁵ Mignault, *op. cit.*, p. 132.

naissance volontaire ou forcée par un des parents donne droit à l'enfant de réclamer des aliments. Aucun texte correspondant n'existe dans le Code Napoléon et la jurisprudence française s'est donc référée aux règles générales relatives à l'obligation alimentaire de la famille légitime.³⁶ La jurisprudence québécoise a au contraire constamment refusé d'assimiler les deux genres d'obligation alimentaire et d'utiliser pour la famille naturelle les règles prévues pour la famille légitime. De l'ensemble des décisions jurisprudentielles sur le sujet, on peut indiscutablement relever deux caractéristiques particulières à l'obligation alimentaire des parents naturels, soit d'une part le caractère de personnalité et d'autre part le caractère de non-réciprocité du lien.

Le lien de droit créé par la reconnaissance volontaire ou forcée est purement personnel. L'enfant, en effet, ne se trouve pas à pénétrer dans la famille de son père ou de sa mère naturels et reste aux yeux de la loi un parfait étranger à l'égard de ses ascendants au second degré. Seuls le mariage et la légitimation qu'il emporte ou, sous certaines réserves, l'adoption, créent un véritable lien familial. La jurisprudence, s'appuyant d'ailleurs sur la phraséologie même du texte de l'art. 240 C.C., a toujours maintenu le principe de la personnalité de la créance alimentaire de l'enfant naturel.³⁷ Permettre en effet à cet enfant de réclamer par exemple à ses grands-parents naturels équivaldrait à une reconnaissance du lien existant entre lui et ses ascendants et donc à une sanction directe de l'existence d'une famille naturelle au sens large, parallèle à la famille légitime. Ainsi donc, advenant le décès ou la disparition des parents naturels de l'enfant, celui-ci ne peut compter sur absolument personne pour obtenir une aide pécuniaire quelconque. On peut se demander à

³⁶ H. Tallon, *L'action alimentaire de l'enfant adultérin*, Paris, 1962, Librairies techniques.

³⁷ *Miller v. Lepitre et al* (1889) 33 L.C.J. 280; *McAuley v. McLennan et Lawrence* (1903) 23 C.S. 419; *Sabino v. Beauchesne* (1939) 77 C.S. 349; *Houde v. Vigeant* (1940) 43 R.P. 204;

Voir P. Ferland, *L'obligation alimentaire en droit québécois*, [1964] *Revue de l'association québécoise pour l'étude comparative du droit* 61, p. 62.

Il est intéressant de noter les raisons données par les tribunaux pour refuser le droit à l'enfant de recourir contre ses grands-parents. Certaines d'entre elles manifestent clairement ce certain climat social qui consiste à considérer la naissance hors mariage comme une tache sur l'honneur familial, comme une honte qu'il convient de cacher.

« La loi a bien voulu (sic) soumettre le père de l'enfant à l'obligation de le nourrir et de l'élever, mais elle n'a pas voulu infliger un châtement (sic) à toute une famille qui n'est pas responsable de la faute du père. » (Lemieux, J. — *McAulay v. McLennan et Lawrence* (1903) 23 C.S. 419, p. 422).

cet égard si l'ordre de priorité établi par la loi est réaliste. Est-il vraiment préférable de sacrifier les intérêts de l'enfant à ceux de la famille des parents ? La question est fort complexe car il semble au premier abord peu juridique d'imposer aux grands-parents la charge d'une personne qui leur est au fond totalement étrangère.

D'autre part, la jurisprudence a sanctionné le principe de la non-réciprocité de l'obligation alimentaire. Dans la famille légitime, l'obligation alimentaire des père et mère à l'égard de leurs enfants est réciproque.³⁸ Cette réciprocity provient encore une fois de ce que le législateur considère la famille légitime comme une entité distincte de la personnalité de chacun de ses membres. En tant que partie de cette entité, chaque individu est tenu de donner aux autres dans le besoin de la même manière qu'il a le droit d'attendre des autres qu'ils lui donnent. Dans la famille naturelle au contraire, cette entité est ignorée et l'établissement de la filiation ne fait que transformer en obligation juridique l'obligation morale, au niveau individuel, du parent naturel de ne point laisser mourir de faim son enfant. Il semble d'ailleurs curieux que le législateur n'ait pas cru à propos d'obliger les parents naturels aux mêmes obligations que les parents légitimes. La comparaison des seuls textes des art. 165 et 240 C.C. révèle que le père ou la mère naturels n'a qu'un devoir : celui de nourrir l'enfant, mais apparemment non celui de l'entretenir ou de l'éduquer. N'est-ce pas là favoriser encore une fois de plus le déclassement social de l'enfant et son abandon ?

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le caractère de non-réciprocité de l'obligation alimentaire des parents naturels semble fermement établi. Seulement deux décisions³⁹ ont tenté de maintenir le contraire. L'une d'elles a d'ailleurs été renversée par la Cour suprême du Canada dont l'arrêt en la matière constitue, vu la force du précédent, la décision majeure sur ce point.⁴⁰ Les arguments invoqués à l'appui du caractère de non-réciprocité sont nombreux. Ceux de la Cour suprême semblent s'appuyer avant tout sur une interprétation restrictive des textes, tel que l'avait d'ailleurs fait l'honorable juge Hall en Cour d'appel.⁴¹ L'art. 240 C.C., dit-on, est d'interprétation restrictive et d'autre part, chaque fois que le Code utilise les mots « *enfant* », « *parents* », il ne désigne que les enfants ou parents légi-

³⁸ Art. 165, 166 et 168 C.C.

³⁹ *Town of Montreal West v. Hough* (1929) 67 C.S. 322; (1930) 48 B.R. 456; *Langelier v. Langelier* (1940) 78 C.S. 421.

⁴⁰ *Town of Montreal West v. Hough* [1931] S.C.R. 113, suivie par *Désilets v. Vary* [1958] C.S. 497; *Bougie v. Tremblay* (1961) 65 R.P. 84.

⁴¹ *Town of Montreal West v. Hough*, *precit.*, honorable juge Hall dissident, p. 466 et suivantes.

times à l'exclusion de tout autre. De son côté, Trudel⁴² soumet une série d'arguments qui ont beaucoup plus de poids. Tout d'abord dit-il,⁴³ l'établissement de la filiation illégitime peut résulter d'un aveu lorsqu'il se fait par reconnaissance volontaire. Permettre donc aux parents naturels de réclamer les aliments à leurs enfants naturels serait donner à leur aveu le pouvoir de créer un droit en leur faveur alors que l'aveu est toujours source d'obligation mais jamais créateur de droit. En décider autrement serait permettre au parent naturel de reconnaître son enfant uniquement dans le but de se faire entretenir par lui, et comme le dit Trudel:⁴⁴

« Le maître chanteur le plus naïf se comblerait de rentes perpétuelles en s'attribuant la paternité de quelques parvenus de choix. »

L'objection est très sérieuse. Il semble cependant qu'un amendement à la loi actuelle pourrait facilement permettre de vaincre cette difficulté. Le parent naturel, père ou mère, ne pourrait réclamer les aliments à l'enfant qu'à la condition de s'être occupé de cet enfant et d'avoir contribué à son entretien, eu égard aux moyens dont ils disposaient et aux circonstances. Il n'y a en effet plus d'objection sérieuse à ce que l'enfant soit tenu aux aliments à l'égard de ses parents dans la mesure où ceux-ci ont rempli leurs devoirs à son égard.

En second lieu, dit Trudel,⁴⁵ « ... [on ne peut] invoquer les lois du mariage et de la famille au secours d'une situation qui viole le principe fondamental de ces lois. » Le droit aux aliments créé par l'art. 240 C.C. est exceptionnel et existe en dehors et en marge des principes de l'obligation alimentaire de la famille légitime. Ce raisonnement apparaît fort convaincant sur le plan juridique et il est à présumer que si les codificateurs avaient jugé à propos de fonder l'obligation alimentaire des enfants naturels sur les mêmes principes que ceux des enfants légitimes, ils auraient exprimé clairement cette intention ou du moins n'auraient pas utilisé un langage aussi précis dans l'art. 240 C.C.

Sur le plan de la politique sociale, cette situation est cependant profondément injuste. Il est difficile de concevoir que le législateur puisse écarter complètement et délibérément le lien de sang unissant l'enfant à ses parents pour la seule raison que ce lien n'a pas été sanctionné par le mariage. L'injustice de cet état de choses transparaît à la lecture des notes de l'honorable juge Brossard dans

⁴² Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 126 et suivantes.

⁴³ Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 127.

⁴⁴ Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 127.

⁴⁵ Trudel, *op. cit.*, v. 2, p. 127 et suivantes.

l'affaire *Désilets v. Vary*⁴⁶ et sous réserve de certains aménagements législatifs indispensables, il serait souhaitable que le législateur sanctionne le caractère de réciprocité de l'obligation alimentaire. Sur le plan pratique enfin, il ne s'agit en définitive que de répartir économiquement une charge d'entretien et mis à part l'Etat, qui d'autre mieux que celui qui est relié à l'indigent par un lien de sang est le plus susceptible de le faire ?

Il faut voir à travers ces deux caractères spéciaux de l'obligation alimentaire entre parents et enfants naturels une manifestation claire de l'intention du législateur et de la jurisprudence de ne rien faire qui pourrait donner à penser que la famille naturelle représente une entité juridique. Ce n'est d'ailleurs là qu'une manifestation parmi tant d'autres, tel par exemple: le refus de permettre l'action en dommages à la suite de la mort de l'enfant ou du parent naturel,⁴⁷ le refus de permettre à la mère naturelle de réclamer des aliments pour son enfant à moins qu'elle n'ait été nommée tutrice,⁴⁸ etc... L'enfant naturel, pourrait-on dire, sans vouloir manier le paradoxe, a dans l'optique présente de notre Code le droit de survivre mais non de vivre une vie normale. La limitation du recours alimentaire lui fait de plus assumer un risque économique supplémentaire. En effet, l'étendue familiale de la créance alimentaire de l'enfant légitime lui permet d'éviter jusqu'à un certain degré les risques d'insolvabilité de ses parents en lui offrant la possibilité de porter son recours contre d'autres, droit dont est privé l'enfant illégitime.

b) La faculté de recevoir à titre gratuit

L'enfant naturel conserve le droit de recevoir à titre gratuit par donation testamentaire et sous certaines restrictions par donation entre vifs de ses parents naturels.⁴⁹ En ce qui concerne tout d'abord la donation testamentaire, il ne faudrait pas penser qu'il s'agit là d'une faveur spéciale faite à l'enfant naturel. Il apparaît au contraire du rapport des codificateurs que ceux-ci avaient songé à rétablir les restrictions de l'ancien droit. C'est uniquement pour maintenir absolu le principe de la liberté illimitée de tester qu'ils n'ont pas voulu priver l'enfant de ce droit.⁵⁰ Il ne faut pas oublier en effet

⁴⁶ *Désilets v. Vary* [1958] C.S. 497.

⁴⁷ *S v. P* [1960] R.L. 12; *Windsor Hotel v. Stadnicka* (1938) 64 B.R. 298; *Town of Montreal West v. Hough*, précité; *Tkachena v. Orrell* (1940) 78 C.S. 340 contra *Goyer v. Provincial Transport Co.* (1932) 35 R.P. 237.

⁴⁸ *Dexter v. Burino* (1927) 43 B.R. 394; *Lupien v. Hébert* [1960] C.S. 542.

⁴⁹ Art. 831 et 768 C.C.

⁵⁰ Voir note 13 supra.

que ce principe fut reconnu dans le droit québécois bien avant la codification.⁵¹

Il est donc loisible au testateur de laisser la totalité ou une partie de sa fortune à son enfant naturel sans que la famille légitime ne puisse s'y objecter à raison du simple caractère d'illégitimité du légataire. Cette disposition de notre droit est d'autant plus heureuse qu'aucune distinction n'est faite entre enfant naturel simple, enfant adultérin et enfant incestueux. La loi cependant ne fait que lever une prohibition sans toutefois accorder un droit véritable à la succession des parents naturels décédés *ab-intestat*.⁵² L'enfant naturel n'apparaît nulle part dans la liste des personnes aptes à recevoir par droit successoral. Sans vouloir aller jusqu'à préconiser la création d'une réserve ou d'une légitime, tout comme en droit français, et tout en maintenant le principe de la liberté illimitée de tester, il nous semblerait utile et juste d'octroyer à l'enfant naturel une vocation à la succession de ses parents. Il est difficilement concevable que ce dernier soit complètement ignoré aux dépens par exemple de parents éloignés ou encore plus de l'État. Si l'on présume en effet que l'ordre successoral est basé sur la gradation de l'affection du défunt, l'enfant naturel devrait y figurer en bonne place.

En ce qui concerne les donations entre vifs, la situation était un peu plus délicate. Le législateur a restreint la capacité des concubins de donner à leurs enfants adultérins ou incestueux d'une double façon. Dans un tel cas, seules en effet les donations par contrat de mariage et celles restreintes aux aliments sont permises.⁵³ Là également les raisons qui ont pu présider à l'établissement de ces restrictions semblent être d'une part le désir de protéger la famille légitime et d'autre part la volonté de ne pas encourager une conduite tenue pour immorale.⁵⁴ Nous doutons fortement de la sagesse de ces raisons. La cause d'une donation à un enfant adultérin ou incestueux qui dépasserait les aliments ne peut en aucun cas être tenue immorale en soi, au contraire de celle existant dans une donation entre concubins, laquelle peut passer pour le remerciement de services rendus ou le désir d'encourager la continuation des relations pour

⁵¹ 41 Geo. III, ch. 4. Voir A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, 1960, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 35 et suivantes.

⁵² *Bariteau v. Bariteau* (1939) 77 C.S. 496. Voir G. Levasseur, *Les divergences entre les droits positifs français et québécois en matière de filiation légitime*, (1963) 23 R. du B. 85, p. 110 et suivantes.

⁵³ Art. 768 C.C.

⁵⁴ Rapports des codificateurs, *précité*, 5e rapport, p. 154.

l'avenir. Il faut voir dans cette distinction, comme le disait si justement Me Joan Clark,⁵⁵ «...un effet plutôt vexatoire, car de son vivant l'auteur d'un tel enfant n'est pas admis à l'indemniser, en quelque sorte, du tort qu'il lui a occasionné.»

II - Appréciation critique

Après avoir analysé la situation juridique de l'enfant naturel, il faut maintenant reprendre le problème dans son ensemble. Avant de proposer toute réforme quelconque, il est indispensable de se demander d'une part quels sont les fondements sociaux de notre droit actuel sur le sujet et d'autre part, étant donné que celui-ci n'a aucunement évolué en la matière depuis 1866, si les postulats de base de nos règles juridiques sont encore d'actualité.

A - Les fondements sociaux

Il est manifestement très difficile de découvrir avec un degré de précision suffisant la pensée sociologique d'un peuple à un moment donné de son histoire. Pour la bien connaître, il serait nécessaire de mener une recherche sociologique, d'examiner les statistiques (qui malheureusement étaient à peu près inexistantes à l'époque de la codification), de rechercher dans les ouvrages historiques et littéraires les mœurs vécues de l'époque et de tenter ensuite de transposer ces données à un niveau juridique. Alors même cependant qu'une telle recherche s'avérerait satisfaisante, cette systématisation de la réalité sociologique de 1866 ne voudrait pas forcément dire que nos codificateurs ont traduit fidèlement et impartialement en langage juridique l'attitude de leur époque vis-à-vis du problème de l'enfant naturel. Le législateur est en effet avant tout un technicien et ne peut au fond que trahir dans une certaine mesure cette réalité dès qu'il tente de la normaliser, puisque cette normalisation pré-suppose un jugement de valeur. La règle de droit, quelle qu'elle soit, représente jusqu'à un certain point, surtout en droit privé, la traduction de la conscience collective mais sans toutefois jamais représenter la conscience collective globale.

On peut cependant indirectement présumer que les règles prévues par les codificateurs correspondent dans leur ensemble aux règles sociales généralement acceptées de l'époque, car autrement il est

⁵⁵ Joan Clark, *De la situation juridique des enfants naturels*, (1952-53) 3 *Thémis* 14, p. 21.

permis de supposer que ces règles eussent été modifiées ou rejetées par la suite ou du moins que leurs effets eussent été progressivement émoussés par la pratique judiciaire.⁵⁶ Or, tel n'est pas le cas, dans le problème qui nous occupe, puisque d'une part aucun amendement législatif subséquent n'est venu améliorer la condition de l'enfant naturel et que d'autre part, les textes du Code ont été restrictivement interprétés par la jurisprudence.

L'examen de la législation et de la jurisprudence laisse paraître deux raisons principales à l'attitude négative de notre droit envers l'enfant naturel. L'une prend en considération la défense de l'intérêt social général, l'autre l'intérêt social du groupe plus restreint que compose la famille légitime. Jusqu'à un certain point, ces deux raisons se rejoignent et se confondent dans ce sens que la protection de la famille légitime est traditionnellement considérée comme un facteur de promotion de l'intérêt social général.

Dans la défense des intérêts de la société en général, la famille légitime doit occuper une place de choix. La cellule de groupement familial, fondée sur l'institution du mariage, représente un élément de sécurité et de stabilité au contraire de la famille naturelle. Cette dernière en effet se contrôle difficilement, elle peut se former, se dissoudre et se reformer à nouveau aisément, sans aucune formalité et sans aucune intervention juridique. Elle ne peut être institutionnalisée, elle représente l'instabilité et donc dans une certaine mesure un comportement contraire à l'ordre social. Au contraire, la formation, la dissolution et les effets juridiques qu'entraîne la fondation de la famille légitime sont prévus, surveillés et réglementés. Ainsi, si le mariage peut être dissous par le divorce, il laisse subsister malgré tout des traces de l'ancienne communauté familiale. Les enfants par exemple, en raison de leur ancienne appartenance à cette communauté, garderont le droit au nom, le caractère de légitimité, une créance alimentaire, une vocation successorale, etc. Il est donc d'excellente politique sociale d'une part d'encourager la fondation

⁵⁶ Voir Anglin, C.J. dans *Town of Montreal West v. Hough*, précit., p. 128: "It was strongly urged at bar that a construction of art. 1056 C.C. excluding natural parents and illegitimate children savours of barbarism and would shock the sensibilities of persons holding enlightened views, and that accordingly the courts should give to it a construction more consistent with humane and liberal ideas. The short answer to this contention is that the courts must await the action of the legislature, whose exclusive province it is to determine what should be the law."

Voir aussi: Brossard, J. dans *Désilets v. Vary* [1958] C.S. 497, p. 501 et suivantes.

d'une famille légitime comme le fait d'ailleurs notre droit⁵⁷ et d'autre part de protéger son caractère de stabilité en rendant difficile la rupture du lien familial.⁵⁸ Or, l'une des formes de cette protection de la famille légitime peut consister précisément à n'accorder aucun droit à la famille naturelle soit pour éviter les conflits d'intérêts possibles entre ces deux groupes, soit simplement pour créer un vide qui encouragera indirectement les individus à suivre la voie de la famille légitime. Pour beaucoup, la promotion des intérêts de l'enfant naturel est en quelque sorte équivalente à une déchéance de la famille légitime parce qu'elle a pour effet d'accorder un certain statut à la famille naturelle. Savatier,⁵⁹ en examinant l'opinion de ceux qui voudraient une meilleure protection de la famille naturelle, écrit:

« A cette ancienne mystique s'en oppose désormais une autre séduisante par sa générosité, redoutable par sa candeur. D'avance et sans distinction, elle s'élance au secours de tous les membres de la famille naturelle comme d'autant de victimes de préjugés sociaux. Pleins d'excellentes intentions, les apôtres de la sentimentalité nouvelle nourrissent l'idée préconçue qu'il faut corriger la loi pour identifier autant que possible le statut de la famille naturelle avec celui de la famille légitime. »

Il semble, surtout à la lumière de l'expérience française, qu'il ne faut pas confondre deux problèmes entièrement distincts. Accorder plus de droits à l'enfant naturel n'équivaut pas nécessairement à reconnaître un statut juridique à la famille naturelle, surtout si l'on entend ce terme au sens strict, c'est-à-dire le groupement composé du père, de la mère et des enfants. Cependant ces deux problèmes ont invariablement été confondus et la perspective de conflit entre la famille naturelle et la famille légitime s'est traduite au niveau juridique par une absence de progression des droits de l'enfant. On retrouve deux arguments principaux à la base de ce choix. D'une part, laisse-t-on entendre, sanctionner l'existence de la famille naturelle de quelque manière que ce soit serait sanctionner une conduite contraire aux bonnes moeurs et d'autre part indirectement encourager l'union libre aux dépens du mariage. Pour les raisons que nous avons données plus haut,⁶⁰ nous ne pensons pas qu'aller jusqu'à

⁵⁷ Ainsi par exemple: âge pour le mariage relativement bas (art. 115 C.C.), conditions de forme restreinte au minimum (art. 128 et suivants C.C.), possibilité de légitimation des enfants (art. 237 et 238 C.C.), octroi d'une vocation successorale aux époux (624a et suivants C.C.), grande latitude dans les stipulations par contrat de mariage (art. 817 et suivants C.C.), etc.

⁵⁸ C'est ainsi que le droit québécois n'admet pas le divorce et qu'il restreint le champ des nullités de mariage (art. 148 à 164 C.C.).

⁵⁹ Savatier, *op. cit.*, p. 138, No 74.

⁶⁰ Voir *supra*.

reconnaître une certaine parité entre les droits de l'enfant naturel et ceux de l'enfant légitime équivaille en soi à encourager la prolifération des unions libres, le but de l'union libre n'étant pas ordinairement la procréation des enfants. Le centre d'intérêt législatif doit en effet être déplacé. Il n'est pas et n'a jamais été la famille naturelle en tant que telle mais bien l'enfant par rapport à ses parents naturels. Nous ne pensons pas qu'il soit possible sous prétexte de protéger la famille légitime d'ignorer totalement les droits élémentaires de l'enfant. Peut-on en effet sérieusement prétendre qu'octroyer un droit de succession à l'enfant naturel équivaldrait à reconnaître l'existence de la famille naturelle et à encourager l'union libre ? Bien plus, n'est-il pas plus juste de supposer que si les parents naturels se trouvaient obligés envers leurs enfants par des obligations similaires à celles des parents légitimes, une telle politique deviendrait plus un frein qu'un encouragement à la multiplication des unions libres ? Il nous apparaît que la meilleure façon d'encourager le concubinage est précisément de continuer à agir comme le fait actuellement notre droit qui réduit au strict minimum les responsabilités des parents naturels envers leur enfant.

En second lieu, dit-on, la promotion des droits de l'enfant naturel reviendrait à sanctionner une conduite contraire aux bonnes moeurs. Là encore cet argument pêche de deux façons. En premier lieu on ne peut dire que la naissance illégitime est en soi contraire aux bonnes moeurs. Ce qui peut être contraire aux bonnes moeurs dans notre état social actuel, c'est la conduite antérieure des parents. De plus, sur le plan de la politique législative, il est injuste de faire porter les conséquences juridiques de cette conduite non sur les parents qui, dans l'état actuel de notre droit, ne subissent aucune sanction, mais sur un tiers étranger à cette conduite qui est l'enfant. Le législateur, au lieu de se laisser guider par une fausse pudeur, ferait mieux de prendre l'enfant comme centre d'intérêt puisque de toute façon, la naissance hors mariage est une réalité sociale dont il a le devoir de tenir compte et à l'égard de laquelle il ne devrait pas pratiquer la politique de l'autruche.

B - Les remèdes possibles

Il est difficile de proposer ici une réforme globale de la situation de l'enfant naturel et cela pour deux raisons principales. D'une part, il ne fait aucun doute dans notre esprit qu'une réforme législative se doit d'aller vers une libéralisation des droits de l'enfant. Or, il est pratiquement impossible de mesurer avec précision le degré de résistance qui pourrait être offert par notre société à une nouvelle

législation en ce sens. D'autre part, et c'est là sans nul doute la difficulté majeure, la réforme des droits de l'enfant naturel ne peut s'inscrire exclusivement dans les cadres traditionnels du droit civil. Les problèmes soulevés par la naissance en dehors du mariage dépassent largement les frontières du Code civil de telle sorte qu'une réforme, aussi progressive soit-elle, ne peut se concevoir en dehors des lois sociales. Le Code civil ne peut qu'organiser les rapports entre l'enfant et ses parents mais est impuissant à régler la situation sociale de l'enfant, laquelle représente la zone où une attention toute particulière est peut-être la plus urgente. L'Etat a, en la matière, un double rôle. Si d'une part il est impossible au législateur, par le seul moyen de la loi, d'abolir complètement les préjugés sociaux résultant des naissances illégitimes, il conviendrait que les services de l'Etat amènent et préparent une éventuelle réforme du droit civil par une information et une éducation du public en général. D'autre part, l'Etat doit se préoccuper de redéfinir le rôle actif qu'il assume envers l'enfant naturel et de veiller à son intégration sociale.

1) Dans le cadre du droit civil

Le droit comparé permet d'envisager plus concrètement un certain nombre de réformes législatives. D'après les différentes sources consultées,⁶¹ il semble que dans toutes les législations, le statut juridique et familial de l'enfant naturel soit intimement lié à son statut social. Les pays qui se montrent le plus favorables à l'enfant naturel sont ceux où la socialisation du droit est la plus poussée, à l'exception toutefois des pays musulmans où seules des raisons religieuses ont motivé la non-distinction entre enfant légitime et enfant naturel.⁶² Si tant est qu'on puisse regrouper les divers systèmes de droit étranger, il semble que malgré la très grande variété d'aménagements et de détails législatifs, on puisse distinguer trois groupes juridiques principaux en tenant compte du degré d'égalité octroyé à l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime.

⁶¹ Voir: Jurisclasseur de droit comparé, Paris, Editions techniques, vol. 1 et 2; Arminjon, Nolde et Wolfe, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1950; J. Garciente Benceraff, *De la condition juridique de l'enfant naturel simple en droit comparé*, 3e éd., Paris, Pédone, 1951; Joan Clark, *op. cit.*, p. 67 et suivantes; R. David et J. Hajard, *Le droit soviétique*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1954, Tome II; *Danish and Norwegian Law*, G.E.Q., Gad, Copenhagen, 1963; *Halsbury's Laws of England*, 3e éd., verbo Infants, vol. 21; G. Lushington, *The law of affiliation and bastardy*, 7e éd., Londres, Shaw and Sons, 1951.

⁶² Jurisclasseur de droit comparé, verbo Egypte, Tunisie.

Le premier groupe pose nettement à la base de la législation le postulat de non-différentiation entre enfant légitime et enfant naturel. Ce dernier se trouve quant à ses droits et obligations presque complètement assimilé à l'enfant né dans le mariage. Tels sont les systèmes des pays socialistes (U.R.S.S., Hongrie, Pologne, Tchécoslovaquie,⁶³ des pays musulmans, de la Turquie,⁶⁴ du Danemark et de la Norvège.⁶⁵ Il faut signaler tout particulièrement la législation scandinave où la recherche de paternité est obligatoire. Si une reconnaissance volontaire de la part du père n'est pas faite, c'est le tribunal qui se charge de voir à l'établissement de la paternité. On présuppose donc que le lien de filiation paternelle est une question qui touche à l'ordre public et que les tribunaux doivent eux-mêmes veiller de leur propre chef à établir la filiation complète de l'enfant.⁶⁶

Dans un second groupe, représenté par les pays de droit germanique ou ceux qui ont été influencés par le droit allemand, l'enfant a, dans ses rapports avec sa mère, les mêmes droits et obligations que s'il était légitime, tout en conservant une relation particulière et différente vis-à-vis de son père. Tel est le cas de l'Allemagne, de la Suisse, de la Suède, de l'Autriche et de la République sud-africaine. Dans ces systèmes, l'égalité de l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime est reconnue quant à la filiation maternelle seule.⁶⁷ L'enfant porte le nom de sa mère, lui succède et est généralement obligé à son égard de la même manière qu'un enfant légitime. L'intensité de ses droits vis-à-vis de son père varie suivant les législations.

Enfin, dans un dernier groupe, on retrouve comme postulat de base l'inégalité entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Cette inégalité connaît malgré tout certains degrés. Alors qu'elle est totale et absolue dans notre droit, elle est grandement mitigée en France par l'octroi d'un droit successoral. D'autres pays, tels l'Espagne, le

⁶³ U.R.S.S.: Décret au 18 décembre 1917, Code de la famille de 1926; Hongrie: Loi IV de 1952 remplaçant la Loi XXIX de 1949; Pologne: Code de la famille du 27 juin 1950; Tchécoslovaquie: art. 526 C.C.

⁶⁴ Jurisclasseur de droit comparé, verbo Turquie.

⁶⁵ *Danish and Norwegian Law*, op. cit., p. 55 et suivantes.

⁶⁶ *Danish and Norwegian Law*, op. cit., p. 55:

The difference between the status of a legitimate child and that of a child born out of wedlock is, however, very little. The main purpose of the distinction is to decide in which case the paternity of a child must be established by the courts."

⁶⁷ Allemagne: art. 1705 B.G.B.; Suisse: art. 302 C.C.; Suède: voir jurisclasseur de droit comparé verbo Suède; Autriche: art. 166 Code civil général autrichien; Union sud-africaine: voir jurisclasseur de droit comparé, verbo Union sud-africaine.

Portugal et l'Italie,⁶⁸ offrent des systèmes intermédiaires entre les deux extrêmes du droit québécois et du droit français.

Le droit québécois fait donc preuve à notre avis d'un retard considérable puisque sans aller jusqu'à prononcer la parfaite égalité des droits entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime, il n'a même pas tenté de remédier aux injustices flagrantes qu'entraîne le système actuel. La sévérité de notre droit à l'égard de la naissance hors mariage le rapproche du droit anglais.⁶⁹ Il est indispensable, à notre avis, que notre droit se défasse de ce puritanisme juridique à travers lequel il envisage les droits de l'enfant naturel et reconsidère très sérieusement les postulats de base qui ont servi à l'élaboration des règles du Code civil à ce sujet. Comme le faisait remarquer si justement un sociologue américain dans une étude sur le même problème aux Etats-Unis:⁷⁰

"... All social problems (abortion, illegitimacy, etc...) are formally caused by value judgments. Without the value judgments that these phenomenons are bad, they would not be regarded as problems. If we did not have some value judgments about the goodness of legitimate parenthood, illicit parenthood would not be a problem. In fact, by definition, it would not exist. The implication of the second point is that we need increased awareness of whose value judgments define which phenomena as bad or undesirable."

Une réforme du Code civil devrait, à notre avis, s'orienter vers une recherche de l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage, du moins à l'égard de leurs parents les plus proches, c'est-à-dire de leur père et de leur mère. Une assimilation totale et non nuancée de l'enfant naturel à l'enfant légitime dans le cadre de la famille au sens large du terme nous apparaît malheureusement comme irréalisable dans notre contexte social actuel. Sans créer une communauté familiale naturelle, et sans faire naître de lien entre l'enfant et la famille de ses parents, il nous semble possible toutefois de reconnaître au moins l'existence d'une famille naturelle au sens *strict* du terme et de traiter l'enfant par rapport à ses parents naturels comme s'il était légitime. Le lien créateur de droits et d'obligations réciproques résulterait quant à la mère du seul fait de la naissance et quant au père de la reconnaissance volontaire ou forcée de son enfant, hormis le cas d'abandon.

⁶⁸ Espagne: jurisclesseur de droit comparé, verbo Espagne; Portugal: art. 31, Loi de 1910; Italie: art. 250 et suivants C.C. Voir: J.-M. Goulet, *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien*, Paris, 1964, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

⁶⁹ Voir auteurs cités note 61.

⁷⁰ Clark E. Vincent, *Illegitimacy in the next decade: trends and implications*, Child Welfare League of America, New York, 1964, p. 519.

Quant aux droits de l'enfant naturel relativement à sa filiation, nous laisserions subsister le régime actuel. La largesse dont notre Code civil fait preuve dans les actions en recherche de paternité et de maternité naturelles nous semble excellente. Nous souhaiterions cependant voir le législateur permettre la légitimation des enfants adultérins et incestueux en la même manière que les enfants naturels simples, pour les raisons que nous avons déjà exposées.

Quant aux droits à caractère patrimonial de l'enfant naturel, une réforme complète s'impose à notre avis. La mère qui garde l'enfant et s'occupe de lui devrait se voir accorder par la loi la tutelle de l'enfant pour permettre un meilleur exercice de ses droits. Nous souhaiterions qu'un texte formel du Code civil sanctionne l'obligation de la mère et du père de nourrir, entretenir et éduquer l'enfant non abandonné selon leurs moyens. Enfin, nous ne ferions personnellement aucune distinction en droit successoral entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, ce dernier prenant la part entière d'enfant légitime dans la succession de sa mère décédée *ab-intestat* et dans celle de son père en cas de reconnaissance volontaire ou forcée par ce dernier. Le mariage subséquent de la mère, ne légitimant pas l'enfant, ne pose à vrai dire qu'un faux problème de conflit avec les droits des enfants légitimes subséquents. En effet, étant donné l'absence de réserve ou de légitime, la mère, tout comme le père, pourra, si elle le désire, modifier cette répartition par testament.

Ces quelques suggestions, qu'il nous est impossible de discuter plus en détail ici, permettraient de faciliter l'intégration de l'enfant à sa famille naturelle, sans pour autant créer une communauté familiale semblable à la famille légitime, vu l'absence de lien entre l'enfant et ses ascendants par le sang au second degré et les collatéraux de ses parents.

2) Hors du cadre du droit civil

Si le législateur civil peut faire progresser les droits de l'enfant naturel, il lui est impossible seul de remédier complètement à la situation sociale et juridique de l'enfant. Il ne peut en effet qu'améliorer le sort des enfants naturels qui n'ont pas été totalement abandonnés par leurs parents. Le cas des orphelins, des enfants délaissés par les parents ou auxquels ceux-ci ont renoncé doit être réglé par la législation sociale.

Il serait tout d'abord urgent de procéder à une refonte complète de la *Loi de l'adoption* de façon à favoriser le plus possible l'entrée d'enfants adoptables dans une véritable famille. Il ne devrait y avoir,

à notre avis, aucune distinction entre l'enfant adopté et l'enfant légitime. L'adoption devrait faire rentrer l'adopté totalement dans la famille légitime et créer le même lien à l'égard de la famille des parents adoptifs que celui qui existe entre l'enfant légitime, ses ascendants et collatéraux. D'autre part, certaines exigences, telle par exemple l'identité de sexe entre l'adopté et l'adoptant célibataire, nous semblent regrettables.⁷¹ Le danger que la loi veut écarter nous semble peu réel du moment que l'enquête précédant l'adoption est sérieuse et que certaines limites d'âge sont imposées. Il y aurait peut-être également lieu de reconsidérer la condition d'identité de religion⁷² et d'en faire non pas une condition *sine qua non* mais seulement un élément important de l'adoptabilité.

L'Etat, d'autre part, devrait s'efforcer de promouvoir l'égalité de « *chance économique* » entre l'enfant naturel abandonné et l'enfant légitime. Les mères nécessiteuses touchent des allocations pour tout enfant légitime âgé de moins de 16 ans.⁷³ Pourquoi cette limite aux seuls enfants légitimes ? Ne pourrait-on suggérer en plus qu'un montant identique au moins soit déposé au nom de l'enfant abandonné pour qu'il en prenne possession à l'âge de 21 ans par exemple ? L'Etat a, sans nul doute, une vocation à aider l'enfant abandonné, de manière à essayer de lui donner devant la vie une chance au moins égale (éducation, moyens financiers, travail) à celle de l'enfant légitime. Il est d'ailleurs encourageant de constater qu'un nombre croissant de lois à caractère social prend ce fait en considération. Les diverses définitions statutaires du mot « *enfant* »⁷⁴ montrent bien que le législateur se préoccupe de plus en plus de l'enfant en tant que tel sans restreindre la portée de ses lois aux seuls enfants légitimes. Le meilleur exemple et le plus récent en date n'est-il pas celui donné par la *Loi sur le Régime des rentes du Québec*⁷⁵ qui définit ainsi l'enfant :

⁷¹ « *Loi de l'adoption* », S.R.Q. 1964, ch. 218, art. 2 et 3.

⁷² « *Loi de l'adoption* », *Ibid.*, art. 4.

⁷³ « *Loi de l'assistance aux mères nécessiteuses* », S.R.Q. 1964, ch. 223, art. 2 c).

⁷⁴ Voir : « *Loi sur la marine marchande* », S.R.C. 1952, ch. 29, art. 725 ; « *Loi sur les allocations familiales* », S.R.C. 1952, ch. 109, art. 2 b) et 2 f).

D'autres lois présentent une définition plus stricte : enfant légitime ou adoptif. Elles classent parfois cependant les enfants naturels dans la catégorie des « *personnes à charge* ».

« *Loi de 1952 sur les allocations aux anciens combattants* », S.R.C. 1952, ch. 340 art. 2 c) ; « *Loi sur l'assurance du service civil* », S.R.C. 1952, ch. 49, art. 3 ; « *Loi sur les pensions des services de défense* », S.R.C. 1952, ch. 63, art. 45 1) a) ; « *Loi sur la pension du service civil* », S.R.C. 1952, ch. 50, art. 2 1) a) et 2 1) e).

⁷⁵ « *Loi sur le régime de rentes du Québec* » (1965) 15 El. II, ch. 24, art. 100.

« Est réputé l'enfant d'un cotisant, aux fins de la présente loi, son enfant légitime, *naturel* ou adoptif ou celui dont il a la garde, de droit ou de fait ou dont il l'avait lorsque celui-ci a atteint sa majorité ou qu'il avait alors adopté de fait. »

En conclusion, force nous est de constater le retard accumulé par notre droit civil et l'urgent besoin de réforme de la situation juridique de l'enfant naturel. Nous ne pensons pas à vrai dire que les préjugés sociaux actuels soient le seul et unique facteur qui ait empêché la progression de notre droit. La législation sociale s'est considérablement libéralisée dans sa conception de la famille⁷⁰ et elle n'a pourtant jamais rencontré une opposition marquée à ses nouvelles conceptions.

L'absence regrettable de politique législative réaliste vis-à-vis de notre Code civil, le monolithisme de ce dernier et cette fausse conception que notre Code civil est valable parce que stable et immuable, est à notre avis le facteur déterminant qui, dans le cas de l'enfant naturel comme dans beaucoup d'autres cas, a empêché l'évolution de notre droit privé et a contribué à creuser un fossé entre la réalité juridique normative et le contexte sociologique.

⁷⁰ On trouve par exemple dans la « *Loi sur le régime de rentes* » précitée, la définition suivante du « conjoint » à l'art. 105:

« La Régie peut décider qu'une personne doit être réputée pour les fins de la présente loi, le conjoint survivant d'un cotisant et l'avoir épousé à la date où elle a commencé à être représentée comme son conjoint, sur preuve, à sa satisfaction que, pendant un certain nombre d'années précédant immédiatement le décès de ce cotisant:

- a) elle a résidé avec lui,
- b) il a subvenu à ses besoins
- c) l'a publiquement représentée comme conjoint et,
- d) lors du décès du cotisant, ni elle, ni lui n'était marié à une autre personne ou que le nombre d'années de cette vie commune était d'au moins sept. »