
L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation

Alexandra Obadia*

Les tests génetiques aujourd'hui disponibles permettent de prouver avec une quasi-certitude la filiation d'un enfant dont l'état est contesté. Ce bouleversement scientifique comporte des répercussions importantes dans le domaine du droit de la famille.

L'auteure propose un examen de l'impact de la preuve d'ADN sur le droit québécois de la filiation. L'adoption d'une approche de droit comparé permet de situer l'évolution législative au Québec dans un contexte plus global. L'auteure suggère que le droit québécois révèle une attitude conservatrice en ce qui a trait aux ordonnances afférentes aux tests de filiation, comparativement au droit des provinces de *common law*, des États-Unis et de l'Europe. Par contre, que ce soit en droit québécois ou étranger, les tests d'ADN, pour être recevables, doivent toujours être fiables, utiles et effectués dans le respect des droits fondamentaux des parties intéressées. Lorsqu'une personne refuse de subir ce genre de test, tout au moins le tribunal pourra-t-il en tirer une inférence négative.

En outre, l'auteure considère plusieurs questions éthiques et juridiques soulevées, au Québec comme à l'étranger, par la pratique des tests d'ADN, notamment la difficulté pour les tribunaux de réconcilier ces tests avec les droits à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne et au respect de la vie privée. Enfin, l'auteure commente les tentatives de résoudre le conflit entre la vérité biologique et la réalité psychosociale, à la lumière du principe souverain de l'intérêt de l'enfant.

The availability of genetic testing now enables us to determine the filiation of a child, with near certainty in cases of dispute. This scientific upheaval has had enormous repercussions on family law.

The author examines, through a comparative approach, the way in which DNA testing has contributed to the recent evolution and changes in Quebec filiation law, thus putting the developments in Quebec in a more global context. She suggests that Quebec law has adopted a conservative attitude when it comes to ordering filiation tests, especially when compared to the law in other Canadian provinces, the United States, and Europe. However, in Quebec, as in other jurisdictions, in order to be accepted as evidence, DNA tests must be reliable, useful, and carried out in a way that respects the fundamental rights of the interested parties. When faced with a refusal to be subjected to such a test, the courts at least have the power to draw a negative inference.

Moreover, the author considers the legal and ethical questions raised both in Quebec law and in other jurisdictions by the practice of DNA testing, particularly the difficulty the courts face in trying to reconcile such tests with the right to inviolability and integrity of the person, and the right to privacy. Lastly, the author discusses the attempts in the various legal traditions surveyed to resolve the conflict between biological reality, on the one hand, and psychosocial reality on the other, in light of the fundamental principle of the best interests of the child.

* M^{re} Obadia est membre du Barreau du Québec depuis 1991. Elle a œuvré en pratique privée dans les domaines du litige civil et familial jusqu'en 1997. S'étant spécialisée dans le domaine des biotechnologies dans le cadre d'une maîtrise en droit, elle pratique actuellement au sein du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal dans le cadre duquel elle a développé une expertise afférente au brevet sur la matière vivante ainsi que sur les questions relevant de la génétique humaine. L'auteure remercie le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC) dont la subvention a contribué à la réalisation de cet article, dans le cadre du projet "Genetic Testing and its Effects on Canadian Family Law and Policy". Elle tient également à remercier la professeure Bartha Maria Knoppers qui a assuré la mise en place et la direction du projet.

© Revue de droit de McGill 2000

McGill Law Journal 2000

Mode de référence : (2000) 45 R.D. McGill 483

To be cited as: (2000) 45 McGill L.J. 483

Introduction

I. Règles législatives en droit de la filiation

- A. *Moyens d'établissement de la filiation*
 - 1. L'acte de naissance
 - 2. La possession d'état
 - 3. La présomption de paternité
 - 4. La reconnaissance volontaire
- B. *Actions en réclamation et/ou contestation d'état*
- C. *Les limites à la preuve de filiation*
 - 1. Concordance entre titre et possession d'état
 - 2. La prescription
 - 3. Preuve par témoignage
 - 4. La procréation médicalement assistée
- D. *L'intérêt de l'enfant*

II. Incidence de la preuve d'ADN sur le droit de la filiation

- A. *Le traitement de la preuve d'ADN par les différents systèmes de droit*
 - 1. Place de la preuve d'ADN dans les systèmes de droit
 - a. *Au Québec*
 - b. *Droit comparé*
 - 2. Pouvoir du juge d'ordonner un test d'ADN
 - a. *Au Québec*
 - b. *Droit comparé*
 - i. Les provinces de *common law* et les États-Unis
 - ii. L'Europe
- B. *Admissibilité au procès de la preuve d'ADN*
 - 1. Recevabilité de la preuve d'ADN
 - a. *Fiabilité de la technique*
 - i. Au Canada
 - ii. Droit comparé
 - b. *Utilité*
 - i. Au Québec
 - ii. Droit comparé
 - c. *Légalité de la preuve : le consentement*
 - i. Au Québec
 - ii. Droit comparé
 - 2. La force probante
 - a. *Valeur probante intrinsèque*
 - b. *Appréciation du tribunal : poids de la preuve d'ADN*
 - i. Au Québec

- ii. Droit comparé

- C. *Problèmes éthiques et juridiques*

- 1. Droit à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne
 - a. *Le test d'ADN à partir d'un support détaché*
 - i. Au Québec
 - ii. Droit comparé
 - b. *Le consentement*
 - i. Principe général : consentement libre et éclairé
 - ii. Le mineur
 - iii. Le majeur inapte
 - iv. La personne décédée
 - c. *Refus de consentement : inférence négative*
 - i. Au Québec
 - ii. Droit comparé
- 2. Le droit au respect de la vie privée
 - a. *Droit au secret du géniteur vs droit de l'enfant de connaître ses origines*
 - b. *Droit au respect de la vie familiale*
 - c. *Droit au respect de la vie privée du de cujus*

- D. *Vérité biologique vs réalité psychosociale*

- 1. Au Québec
- 2. Droit comparé

Conclusion

Introduction

La famille a connu un véritable bouleversement au cours des dernières décennies, avec pour résultat une réalité nouvelle et fort différente de ce qu'elle était jadis. En effet, nous avons connu un éclatement de la cellule familiale, éclatement qui prend source, notamment, dans une augmentation notable du taux de divorce, ainsi que dans un changement des valeurs morales au sein de la société, d'où les «familles reconstituées» très répandues de nos jours. Ce phénomène, allié à celui de l'essor des nouvelles technologies de reproduction, a changé la vision sociale du concept de la famille qui s'est vu élargi et libéralisé. Il englobe à présent une définition de la famille qui n'est pas toujours représentative de la réalité biologique, mais plutôt d'une réalité nouvelle à laquelle le système de droit québécois a dû s'adapter.

C'est ainsi que dès 1980, lors d'une réforme du Code civil¹, toute distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle fut éliminée, garantissant dès lors les mêmes droits à tous les enfants dont la filiation était établie². Le lien de filiation était désormais classifié sous deux rubriques, soit par le sang ou par l'adoption. De plus, en 1991, lors d'une seconde réforme du Code civil³, le caractère irréfutable de la présomption de paternité fut éliminé. Ces changements témoignent sans aucun doute d'une ouverture plus grande du droit québécois face à la vérité biologique, ouverture qui ne revêt cependant pas un caractère absolu.

La filiation maternelle, contrairement à la filiation paternelle, n'est pas problématique au Québec dans la mesure où elle s'établit par le constat de l'accouchement⁴. Ainsi, la femme qui accouche est la mère légale de l'enfant qu'elle met au monde. Cette règle se voit renforcée et confirmée par les dispositions du *Code civil du Québec* déclarant nulles les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui⁵, de même que par celles interdisant de réclamer ou de contester une filiation issue d'une procréation médicalement assistée⁶. Toutefois, il en va tout autrement en ce qui concerne la filiation paternelle qui ne pouvait, jusqu'à récemment, être déterminée de façon certaine.

Or, dans les dix dernières années, les progrès scientifiques en matière de tests de paternité se sont avérés révolutionnaires quant à cette question grâce à la mise au point de tests d'identification par empreinte génétique (tests d'ADN) qui permettent désormais de confirmer avec une certitude quasi absolue la filiation biologique. En effet, les tests traditionnels d'analyses sanguines existant jusqu'alors permettaient uniquement d'exclure la paternité et non de l'établir de façon certaine⁷. Par ailleurs, tan-

¹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

² Art. 594 C.c.Q. (1980).

³ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

⁴ Art. 111 et s. C.c.Q.

⁵ Art. 541 C.c.Q.

⁶ Art. 538 et s. C.c.Q.

⁷ Voir J. Héту, «L'expertise sanguine dans la recherche de paternité» (1970) 5 R.J.T. 233 à la p. 237.

dis que les tests de globules rouges antigènes et les tests HLA pouvaient atteindre une précision moyenne de 61% à 99%, le test d'ADN, infiniment plus précis, produit au minimum une précision de 99,8%⁸. Ayant finalement en main un test susceptible de déterminer le «lien réel» de filiation de façon quasi certaine, détenons-nous une solution aux problèmes de preuve existant en droit de la filiation ou avons-nous, au contraire, créé de nouveaux problèmes à résoudre ?

Notons que l'utilisation des tests génétiques peut se faire tant dans un contexte judiciaire que dans un contexte extra-judiciaire. Dans ce dernier cas, il est en effet possible de s'adresser directement à des laboratoires privés se spécialisant dans ce type d'analyse, en dehors de toute procédure judiciaire. L'information révélée s'avère précieuse en ce qu'elle permet d'évaluer les chances de succès des procédures en filiation et ainsi d'éviter les frais d'un procès voué à l'échec, ou encore d'encourager un règlement hors cour en cas de procédures déjà entamées et parfois d'appaiser un climat familial incertain. Le recours à ce type d'analyse permet également la conservation d'échantillons pouvant servir de preuve en cas de litige *post mortem*. De plus, l'analyse sera déterminante quant à des questions de mariage consanguin ou de transmission de maladies génétiques. Mentionnons cependant qu'au Canada, aucune réglementation n'encadre cette pratique, que les laboratoires soient publics ou privés.

La présente étude se concentrera toutefois sur l'incidence des tests d'ADN dans un contexte judiciaire. Ce faisant, nous examinerons la place que le droit québécois accorde à ces nouvelles techniques scientifiques pour ensuite analyser leurs répercussions sur certaines notions importantes, soit celle du meilleur intérêt de l'enfant et celle des droits et libertés fondamentaux, plus particulièrement les droits à l'intégrité, à l'inviolabilité et à la vie privée. Par ailleurs, nous nous pencherons incidemment sur la question de l'intérêt financier que ces nouvelles technologies suscitent auprès de l'État, dans la mesure où elles lui permettront de retracer le géniteur, débiteur alimentaire. Dans cette perspective, des références seront faites au droit comparé, de façon toutefois occasionnelle et sommaire, le présent article ayant pour thème central une analyse du droit québécois.

L'examen de ces questions se divisera en deux parties. Dans un premier temps, nous entreprendrons une brève analyse des règles législatives applicables en matière de filiation au Québec (I) ; dans un second temps, nous aborderons l'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation, dans une perspective, à l'occasion, de droit comparé (II).

⁸ HLA : Human Leucocyte Antigens. Les antigènes de leucocytes humains codés génétiquement diffèrent d'un individu à l'autre et servent à faire un typage afin de connaître la compatibilité de deux individus. Les tests HLA sont utilisés généralement dans le contexte des greffes d'organes. Voir S. Couture, «Test d'identité par l'ADN — éliminer l'incertitude» dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Barreau du Québec, 1994, 315 à la p. 322.

I. Règles législatives en droit de la filiation

Les effets du droit de la filiation ont des conséquences importantes en droit de la famille dans la mesure où ils se répercutent à divers niveaux. En effet, la détermination du lien de filiation influera sur le droit de garde et les droits d'accès, de même que sur l'obligation alimentaire, les empêchements au mariage et enfin sur les droits de succession *ab intestat*.

Notons que le *Code civil du Québec* ne définit pas le concept de «filiation», pas plus que celui de «parent». Tandis qu'on définissait autrefois ce lien comme une relation fondée sur la procréation et que l'on faisait une distinction entre la filiation légitime et naturelle, la filiation est définie aujourd'hui comme un lien juridique qui unit un parent à un enfant⁹.

La loi ne définissant pas la notion de filiation, son analyse nous permettra de dégager certains critères. Pour ce faire, nous étudierons, dans un premier temps, les différents moyens d'établir la filiation (A), pour ensuite traiter des actions en réclamation et/ou en contestation d'état (B), des limites à la preuve de la filiation (C) et finalement de la notion de l'intérêt de l'enfant (D).

A. Moyens d'établissement de la filiation

La loi prévoit que la preuve de la filiation peut se faire par quatre moyens soit, par ordre d'importance, l'acte de naissance (1), la possession d'état (2), la présomption de paternité (3) et la reconnaissance volontaire (4).

1. L'acte de naissance

L'acte de naissance est devenu, depuis la réforme du Code civil de 1980, le premier moyen d'établir la filiation¹⁰. La mère et le père de l'enfant ont chacun le devoir de déclarer leur état de parent au directeur de l'état civil, et ce, en apposant leur nom respectif sur la déclaration de naissance de l'enfant dans les trente jours de la naissance¹¹.

Toutefois, lorsque la conception ou la naissance survient pendant le mariage, il sera permis à l'un des époux de déclarer la filiation à l'égard de l'autre¹². Ainsi, l'acte de naissance sera susceptible de refléter tant une réalité sociale qu'une réalité biologique et pourra constituer dans les faits une reconnaissance officielle de paternité. Toutefois,

⁹ Voir C. Bernard et C. Choquette, «Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois» dans C. Hennau-Hublet et B.M. Knoppers, dir., *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'Homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 353 à la p. 354.

¹⁰ Art. 523 C.c.Q.

¹¹ Art. 113 C.c.Q.

¹² Art. 114, al. 1 C.c.Q.

comme nous le verrons plus loin, le parent absent lors de cette déclaration aura un recours en contestation d'état, lorsque nécessaire.

2. La possession d'état

La possession constante d'état est le second moyen d'établir la filiation. Il prévaudra à défaut d'un acte de naissance¹³. Il s'agit d'un concept purement social, indépendant de la vérité biologique, s'établissant par une preuve factuelle. Ainsi, les faits mis en preuve viseront à éclairer le tribunal sur la nature, filiale ou non, de la relation, et ce, par le biais d'une réunion suffisante de faits généralement connus de l'entourage des parties¹⁴.

Divers éléments ayant trait à la vie sociale de l'enfant seront pris en considération, dont le nom de famille qu'il porte. À cet effet, notons qu'au Québec, depuis 1982, les enfants peuvent porter le nom d'un des parents, soit celui de la mère ou du père, ou encore les deux noms, diminuant ainsi sensiblement le poids de ce premier critère. Un autre élément d'importance qui sera considéré sera celui du traitement du parent «al-légué» vis-à-vis de l'enfant : le parent traite-t-il l'enfant comme s'il s'agissait du sien ? Enfin, la réputation sera également appréciée, dans la mesure où l'on examinera si, socialement, les parties en cause sont perçues comme ayant une relation filiale ou non.

Cette possession d'état établie, il faut, dans un second temps, en prouver la constance. Pour ce faire, il est souhaitable que la possession d'état ait débuté à la naissance de l'enfant et se soit étendue sur une période significative, et ce, nonobstant les modalités de garde, étant donné que la possession d'état demeurera constante pour le parent qui ne voit qu'occasionnellement son enfant dans le cadre de droits d'accès¹⁵. La jurisprudence révèle la grande discrétion qu'ont les juges pour évaluer la notion de constance dans la possession d'état, ce qui semble justifié étant donné la diversité des situations de faits rencontrées. En effet, on assiste aujourd'hui à des changements de partenaires de plus en plus fréquents, témoignant des relations de couples précaires sinon instables, d'où la difficulté grandissante à établir les liens de filiation et la nécessité pour les tribunaux d'adapter le droit aux changements sociaux¹⁶.

¹³ Art. 523 C.c.Q.

¹⁴ Art. 524 C.c.Q.

¹⁵ M. Ouellette, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995 à la p. 59.

¹⁶ Voir *Droit de la famille* — 1217, [1989] R.D.F. 9 (C.S.). Dans cette affaire, la mère, lors de l'accouchement, a déclaré que son mari était le père de l'enfant à l'acte de naissance. Celui-ci, même après le divorce des parties, lorsque l'enfant a 3 ans, continue à le traiter comme le sien. Or le premier conjoint de fait de la mère post-divorce (celle-ci vivant avec un autre conjoint au moment de l'audition, que l'enfant appelle également papa) revendique la paternité invoquant le fait qu'il aurait eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période de la conception, ce qu'elle nie. Le tribunal rejette cette requête, considérant qu'il y a concordance entre le titre et la possession d'état en faveur de l'ex-mari.

Il est intéressant de noter que les tribunaux québécois, usant de cette discrétion, ont déjà statué que le profil génétique d'un enfant ne doit pas être retenu en tant qu'élément mis en preuve pour établir la possession constante d'état¹⁷. Notons que cette décision affiche une volonté du tribunal de ne pas faire primer la vérité biologique sur la réalité psychosociale de l'enfant, ce qui sera abordé plus amplement ultérieurement.

3. La présomption de paternité

Malgré l'abolition des notions d'enfant légitime ou naturel dans la loi québécoise, la présomption de paternité est maintenue dans le *Code civil du Québec*. Ainsi, l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours de sa dissolution ou de son annulation sera présumé avoir pour père le mari de sa mère¹⁸. Toutefois, si durant cette période la mère s'est remariée, le nouveau mari sera alors le père présumé.

Alors qu'il s'agissait anciennement d'une présomption absolue et irréfutable, depuis la réforme du *Code civil du Québec* la présomption de paternité est désormais réfutable. Elle pourra par conséquent être renversée sous réserve, bien entendu, des limites à la preuve. Devrions-nous voir là une ouverture quant à la réalité biologique ou s'agit-il tout simplement d'une adaptation à une nouvelle réalité sociale ?

4. La reconnaissance volontaire

À défaut d'une filiation établie par le biais des moyens exposés ci-haut, la filiation pourra être établie par la reconnaissance volontaire de l'enfant par le parent concerné¹⁹. La reconnaissance de paternité résulte tout simplement de la déclaration d'un homme qu'il est le père de l'enfant²⁰ et ne lie que son auteur²¹. Notons que l'on ne peut contredire par la seule reconnaissance volontaire une filiation déjà établie et non infirmée en justice²². Ainsi, il s'agit du dernier moyen de preuve auquel on aura recours pour établir la filiation, filiation qui ne sera pas toujours représentative de la réalité biologique étant donné qu'un parent «psychologique» pourra reconnaître sa paternité.

B. Actions en réclamation et/ou contestation d'état

Au Québec, la filiation s'établit judiciairement par le biais de deux recours, soit la réclamation d'état et la contestation d'état²³. Ainsi, lorsque la filiation a déjà été établie de façon extra-judiciaire (par l'un des moyens exposés ci-haut), la contestation de

¹⁷ *Droit de la famille* — 989, [1991] R.J.Q. 1343 aux pp. 1354-55 (C.S.).

¹⁸ Art. 525, al. 1 C.c.Q.

¹⁹ Art. 526 C.c.Q.

²⁰ Art. 527, al. 2 C.c.Q.

²¹ Art. 528 C.c.Q.

²² Art. 529 C.c.Q.

²³ Art. 530 et s. C.c.Q.

cette filiation pourra se faire, par le biais d'une action en contestation, par la mère de l'enfant ou par toute personne intéressée. Elle pourra également se faire par le père présumé, et dans ce cas, il s'agira d'une action en désaveu²⁴.

Toutefois, lorsque la filiation n'est pas établie, le recours approprié sera l'action en réclamation de filiation, laquelle pourra également être jointe à une action en contestation lorsque la filiation est déjà établie par l'acte de naissance, la possession constante d'état ou encore la présomption de paternité²⁵.

C. Les limites à la preuve de filiation

Certaines règles viennent toutefois limiter la preuve présentée dans le cadre d'une action en filiation. Ainsi en va-t-il de la concordance entre l'acte de naissance et la possession constante d'état (1), de la prescription (2), de la limite à la preuve testimoniale (3) et enfin des règles relatives à la procréation médicalement assistée (4).

1. Concordance entre titre et possession d'état

Le premier obstacle à la preuve de filiation survient lorsque l'enfant a un titre et une possession d'état qui concordent. La loi prévoit alors que la filiation de cet enfant ne pourra en aucun cas être contestée²⁶, créant ainsi une présomption absolue et immuable.

Par conséquent, aucune preuve, quelle qu'en soit sa nature ou sa force probante, ne pourra être admise pour contredire une telle filiation, et ce, même s'il s'agit d'une preuve génétique. Ainsi, les tribunaux refusent de façon constante de modifier la filiation d'un enfant possédant un titre et une possession d'état qui concordent et rejettent toute preuve d'ADN susceptible de contredire une telle filiation malgré le fait que cette preuve soit représentative de la vérité biologique²⁷, et ce, au nom du principe de la paix dans les familles et de la stabilité du lien de filiation²⁸.

2. La prescription

Le second élément susceptible de faire obstacle au recours judiciaire en matière de filiation est la prescription qui devra être respectée comme dans toute autre matière civile. Ainsi, le législateur québécois a édicté une courte prescription d'un an pour l'action, par le père présumé, en contestation de filiation²⁹. Ce délai commence à cou-

²⁴ Art. 531 C.c.Q.

²⁵ Art. 532 C.c.Q.

²⁶ Art. 530 C.c.Q.

²⁷ *Droit de la famille* — 989, *supra* note 17 ; *Droit de la famille* — 2552, [1996] R.D.F. 889 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1217, *supra* note 16 ; *Droit de la famille* — 2579, [1997] R.D.F. 94 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 3184 [1999] R.D.F. 176 (C.S.).

²⁸ Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 365.

²⁹ Art. 531, al. 2 C.c.Q.

rir à compter du jour où la présomption de paternité prend effet à moins que le père présumé n'ait pas eu connaissance de l'enfant, auquel cas le délai commence à courir au moment de cette connaissance. La mère qui veut contester la paternité du père présumé doit elle aussi le faire dans l'année qui suit la naissance de l'enfant. Quant aux autres recours en filiation, la prescription est de trente ans³⁰.

3. Preuve par témoignage

Le législateur a prévu que «la preuve de la filiation pourra se faire par tous les moyens»³¹, éliminant ainsi certaines limites à la preuve qui existaient anciennement, notamment celles ayant trait au renversement de la présomption de paternité³². Il n'en demeure pas moins que la preuve par témoignage se voit imposer certaines conditions.

En effet, la preuve par témoignage sera admise à condition qu'il y ait un commencement de preuve ou encore des présomptions ou des indices graves résultant de faits déjà clairement établis³³. Ces conditions ne seront toutefois pas applicables au défendeur à une action en filiation³⁴ ou encore aux parties dans une action visant à renverser une présomption de paternité³⁵, pas plus qu'au demandeur dans une action en contestation de paternité³⁶.

Notons que le témoignage de l'expert en génétique pourra être introduit par le biais du dépôt de son rapport sur le profil génétique. De plus, le refus d'une partie de se soumettre à un test d'ADN pourra, dans certains cas, constituer un indice grave, donnant ouverture à la preuve testimoniale³⁷.

4. La procréation médicalement assistée

Un obstacle additionnel à la preuve en matière de filiation se retrouve dans l'interdiction de contester ou de réclamer la filiation d'un enfant né d'une procréation médicalement assistée³⁸. Ainsi, la procréation médicalement assistée ne crée aucun lien juridique de filiation³⁹ et entraînera le rejet par les tribunaux de tout recours visant à la faire reconnaître. Ceci semble témoigner d'une intention claire de ne pas privilé-

³⁰ Art. 536, al. 1 C.c.Q.

³¹ Art. 533 C.c.Q.

³² Art. 219 et s. C.c.B.-C.

³³ Art. 533 C.c.Q.

³⁴ Art. 535, al. 1 C.c.Q.

³⁵ Art. 535, al. 2 C.c.Q.

³⁶ Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 366.

³⁷ *Droit de la famille — 1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.) ; *Droit de la famille — 1859*, [1993] R.J.Q. 2302 (C.A.) ; *Droit de la famille — 2192*, [1995] R.D.F. 196 (C.A.).

³⁸ Art. 539, al. 1 C.c.Q.

³⁹ Art. 538 C.c.Q.

gier la réalité biologique mais, au contraire, de protéger la stabilité du milieu de l'enfant et sa relation avec ses parents légaux, qu'ils soient ou non ses géniteurs.

La loi prévoit cependant une exception qui prendra effet lorsque l'enfant naît d'une telle méthode, durant le mariage, alors que le mari n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée. Dans ce cas, ce dernier pourra contester la filiation et ainsi désavouer l'enfant⁴⁰. Nous pouvons en déduire, *a contrario*, que lorsque le mari y aura consenti, une présomption absolue de paternité sera créée à son égard, nonobstant tout délai de prescription, à moins évidemment qu'il ne prouve que la grossesse ne résulte pas de la procréation médicalement assistée mais plutôt de l'adultère, auquel cas les règles de l'action en désaveu s'appliqueront.

Mais qu'en est-il des conjoints de fait? Notre Code civil ne leur reconnaissant aucun droit, la présomption de paternité ne sera pas opposable au conjoint de fait qui aura consenti à la procréation médicalement assistée. Toutefois, si ce dernier a consenti et refuse par la suite de reconnaître l'enfant, il engagera sa responsabilité tant envers la mère qu'envers l'enfant⁴¹; il sera alors possible de les indemniser par le biais de dommages-intérêts⁴². Précisons cependant que le conjoint de fait ne sera soumis à aucune obligation légale, qu'elle soit alimentaire ou autre, vis-à-vis de cet enfant. Les tribunaux québécois n'ont pas encore eu l'occasion de statuer sur la question; toutefois, nous retrouvons dans la jurisprudence des provinces de *common law* des décisions rejetant les recours de maris ayant consenti à une procréation médicalement assistée et qui, suite à une séparation, demandaient le désaveu⁴³.

D. L'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant est un élément primordial dans la prise de toute décision susceptible de l'affecter. Au Québec, depuis la réforme du Code civil de 1980, l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits ont préséance dans toutes les décisions qui le concernent⁴⁴. Ce même principe se retrouve sur le plan international dans la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*⁴⁵.

Seront pris en considération dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial ainsi que les autres aspects de sa situation⁴⁶. D'autres critères pourront également entrer en compte, tels les enjeux financiers, l'information médicale (in-

⁴⁰ Art. 539, al. 2 C.c.Q.

⁴¹ Art. 540 C.c.Q.

⁴² Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 326.

⁴³ *Z.(M.J.) c. Z.-R.(A.M.)* (1995), 53 A.C.W.S. 95 (Div. gén. Ont.) [ci-après *Z. (M.J.)*]; *L. c. L.* (1994), 114 D.L.R. (4^e) 709 (Div. gén. Ont.).

⁴⁴ Art. 33, al. 1 C.c.Q., anciennement art. 30, al. 1 C.c.B.-C.

⁴⁵ Rés. AG 44/25, Doc. off. AG NU, 44^e sess., supp. n° 49, Doc. NU A/44/49 (1989) 167 aux art. 2-3.

⁴⁶ Art. 33, al. 2 C.c.Q.

cluant les risques de maladie génétique), le sain développement psychologique et sociologique de l'enfant, l'effet de l'établissement du lien de filiation ou encore le besoin de continuité dans ses relations⁴⁷. Par ailleurs, lorsque l'âge et le discernement de l'enfant le permettent, le tribunal devra lui donner la possibilité d'être entendu⁴⁸ dans la mesure, bien évidemment, où il en va de son intérêt.

II. Incidence de la preuve d'ADN sur le droit de la filiation

Les règles générales d'établissement de la filiation ayant été exposées, nous entreprendrons à présent une analyse de l'incidence des nouvelles techniques d'identification par empreinte génétique sur ces règles. Pour ce faire, nous nous questionnerons sur la façon dont le droit québécois de la filiation traite les tests d'ADN (A), pour ensuite nous pencher sur l'application des règles générales de la preuve sur ces tests, en examinant leur admissibilité dans le cadre d'un procès (B), examiner les problèmes éthiques et juridiques auxquels ils se heurtent (C), et finalement, analyser la dualité existant entre la vérité biologique et la réalité psychosociale à la lumière du meilleur intérêt de l'enfant (D).

A. Le traitement de la preuve d'ADN par les différents systèmes de droit

L'accueil que le droit réserve à la preuve d'ADN est fonction de deux éléments, à savoir la place que lui accorde un système de droit (1), ainsi que le pouvoir qui est donné au juge d'ordonner de tels tests (2).

1. Place de la preuve d'ADN dans les systèmes de droit

Malgré l'avènement et la reconnaissance scientifique des tests d'ADN qui ont pour effet de mettre fin à l'incertitude quant à la paternité biologique, ce nouveau moyen de preuve ne se voit pas accorder une place de choix au Québec (a). Un survol de différents régimes de droit nous révèle que cette position ne fait pas l'unanimité (b).

a. Au Québec

Bien que la preuve en droit de la filiation puisse théoriquement se faire par tous les moyens, le législateur ne fait aucune mention spécifique des tests d'ADN dans le *Code civil du Québec*, et ce, malgré qu'il en ait eu l'opportunité lors de la réforme de 1991 qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

⁴⁷ Voir B.M. Knoppers, M.-A. Grimaud, C. Choquette et S. Le Bris, «Les tests génétiques à des fins d'identification» dans Institut suisse de droit comparé, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schulthers Polygraphischer Verlag, 1994, 57 aux pp. 92-93.

⁴⁸ Art. 34 C.c.Q.

En effet, lors de cette réforme, la fiabilité des tests d'ADN était déjà largement reconnue et répandue tant auprès des communautés scientifiques que juridiques. De plus, leur utilisation se faisait de plus en plus fréquente en matière de filiation, dans un contexte judiciaire comme extra-judiciaire. Pourtant, le législateur québécois semble avoir choisi d'exclure ce moyen de preuve en droit de la filiation. En effet, son absence ne constitue assurément pas un oubli, mais la volonté évidente du législateur de donner préséance à la réalité socio-affective plutôt qu'à la vérité biologique.

Certaines dispositions du *Code civil du Québec* semblent cependant favoriser la vérité biologique et donc les tests d'ADN. Tel est le cas de la prescription trentenaire qui régit l'établissement de la filiation, ainsi que de l'article 533 C.c.Q. qui permet d'introduire tout moyen de preuve pour établir la filiation. Il en va de même de la disparition, lors de la réforme du Code civil de 1991, du caractère absolu et irréfutable de la présomption de paternité existant à l'encontre du mari de la mère. Par ailleurs, le titre de «filiation par le sang» qui fut donné aux dispositions traitant de la filiation dans le Code civil lors de la réforme de 1980 peut également porter à confusion. Toutefois, l'étude de l'ensemble des dispositions du Code civil révèle au contraire une réticence manifeste du législateur face à ces nouvelles technologies, ce dernier accordant une place privilégiée à la réalité socio-affective.

La présomption irréfragable qui existe lorsque la filiation est établie par un titre et une possession constante d'état concordants⁴⁹ en est la première manifestation. En effet, même pas un test d'ADN, aussi fiable qu'il puisse être, ne pourra être admissible pour contester une telle filiation. Cette règle sous-tend une volonté de sauvegarder la stabilité du milieu de l'enfant et la paix dans les familles qui sont considérées comme étant du meilleur intérêt de l'enfant, et ce, que la présomption de filiation reflète ou non la vérité biologique.

Par ailleurs, les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée constituent un autre indice de la place qu'accorde le législateur aux tests génétiques. En effet, il est interdit de réclamer ou de contester la filiation d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée⁵⁰, de sorte que la vérité biologique se voit niée devant des enjeux supérieurs, soit la stabilité du milieu de l'enfant et la paix dans les familles.

Les dispositions relatives à la présomption de paternité⁵¹ semblent révéler un obstacle additionnel à la vérité biologique, et ce, malgré qu'il ne s'agisse plus d'une présomption irréfragable⁵². En effet, l'abolition du caractère irréfragable de cette présomption pourrait être vue comme une ouverture à la preuve biologique. Toutefois, rappelons que lorsque l'enfant aura été élevé et traité par le mari comme le sien et que l'acte de naissance attestera cette réalité socio-affective, celle-ci prévaudra. Ainsi, si

⁴⁹ Art. 530 C.c.Q.

⁵⁰ Art. 538 et s. C.c.Q.

⁵¹ Art. 525 et s. C.c.Q.

⁵² Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 365.

ouverture il y a quant à la vérité biologique, elle se voit massivement contrée par des dispositions témoignant ultimement d'une volonté du législateur de sauvegarder la réalité psychosociale. Cette réalité triomphera sur la vérité biologique et permettra d'éviter une utilisation automatique des tests d'ADN en matière de filiation, et ce, dans le meilleur intérêt de l'enfant.

b. Droit comparé

En Europe continentale, deux systèmes juridiques prévalent en droit de la filiation. Il s'agit, d'une part, du système de source germanique et, d'autre part, du système de tradition romaniste, découlant du droit français. Ce dernier, dont le droit québécois s'inspire, est fondé sur le principe de la reconnaissance volontaire de la filiation⁵³. Quant au système germanique, il se démarque notablement de la pensée romaniste dans la mesure où sa philosophie est basée sur le principe de la descendance. Dans cette perspective, le lien de sang joue un rôle primordial dans la détermination judiciaire du lien de filiation.

C'est ainsi qu'en droit allemand la vérité biologique primera sans équivoque et à tous égards, peu importe la réalité sociale de l'enfant. Ainsi, la recherche de cette vérité biologique est obligatoire pour le tribunal qui a le devoir d'en assurer l'établissement à tout prix et par tous les moyens. C'est dans cet esprit que la loi impose à la femme non mariée qui accouche d'indiquer à l'acte de naissance le nom du ou des pères possibles de l'enfant⁵⁴.

Quant aux pays de tradition romaniste, tels que la France et la Belgique, «un contre-poids [est attaché] à la recherche de la vérité objective par la prise en compte des aspects subjectifs des réalités vécues»⁵⁵. On accorde ainsi une place importante à la réalité psychosociale que vit l'enfant et, par ee fait même, à la possession constante d'état qui pourra supplanter la vérité biologique. Toutefois, en ce qui concerne la France, cette position semble être poussée à l'extrême dans la mesure où la vérité biologique y est presque totalement niée. En effet, on va même jusqu'à permettre aux femmes d'accoucher «sous X»⁵⁶, c'est-à-dire sans indiquer leur nom sur l'acte de naissance de l'enfant. De plus, depuis janvier 1993, les actions en recherche de maternité naturelle sont interdites lorsque la mère a demandé le secret, et ce, au plus grand mépris de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷. Pour ce qui est de la recherche de paternité, des présomptions ou indices graves sont nécessaires à l'ouverture d'une

⁵³ M.-T. Meulders-Klein, «Les empreintes génétiques et la filiation : La fin d'une énigme ou la fin des dilemmes?» dans Hennau-Hublet et Knoppers, *supra* note 9, 397 à la p. 399.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 401.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 402.

⁵⁶ Une tradition du droit français, remontant à St-Vincent-de-Paul, permet la maternité secrète, communément appelée «maternité sous X» (art. 341-1 *Code civil français* [ci-après C. civ.] ; art. 47 C. fam. et aide soc.).

⁵⁷ *Marckx c. Belgique* (1978), 31 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 4 à la p. 21.

procédure à cet effet⁵⁸. C'est ainsi que les éléments de preuve relatifs à la possession d'état jouent un rôle primordial⁵⁹, nonobstant la vérité biologique.

En ce qui concerne le droit belge, celui-ci se rapproche de façon étonnante au droit québécois en matière de filiation⁶⁰. En effet, bien que le droit civil belge témoigne lui aussi d'une certaine ouverture face à la vérité biologique, permettant notamment à la preuve de la filiation de se faire par tous les moyens⁶¹, celle-ci se voit fortement tempérée. Ainsi, comme au Québec, les tribunaux belges rejèteront toute preuve visant à modifier la filiation d'un enfant possédant un acte de naissance et une possession constante d'état qui concordent⁶².

Nous notons que les dispositions relatives à la présomption de paternité quant au mari de la mère sont également d'une grande similitude avec les dispositions québécoises⁶³. Il en va de même des limites imposées par la prescription, ainsi que de celles qui découlent de la filiation issue d'une procréation médicalement assistée⁶⁴.

Tout comme au Québec, nous observons en Belgique un grand souci d'équilibre entre la vérité biologique et la réalité psycho-affective. Ainsi, le droit belge témoigne d'une certaine souplesse face à la preuve biologique en permettant que la preuve de la filiation puisse se faire par tous les moyens. Cependant, il impose de nombreuses restrictions à cette preuve, similaires à celles que l'on retrouve en droit québécois, en ce qui concerne la paternité dans le mariage, la procréation médicalement assistée et la concordance entre le titre et la possession d'état. Ces restrictions ont pour effet de favoriser la réalité psychosociale de l'enfant devant laquelle la vérité biologique doit céder le pas.

Ainsi, une grande différence idéologique sépare les systèmes de tradition romaniste de ceux de tradition germanique dans leur traitement de la preuve par ADN et donc de la vérité biologique. Notre analyse de l'ouverture des différents systèmes de droit face à la preuve d'ADN nous amène à nous pencher, à présent, sur une de ses conséquences directes, soit le pouvoir qui est accordé au juge d'ordonner de tels tests.

2. Pouvoir du juge d'ordonner un test d'ADN

Les différents traitements que les systèmes germanique et romaniste font de la vérité biologique ont mené les législateurs à adopter des positions divergentes quant aux pouvoirs qui sont accordés au tribunal pour ordonner un test d'ADN. L'analyse de

⁵⁸ Art. 340 C. civ.

⁵⁹ Art. 334-8 C. civ.

⁶⁰ N. Hustin-Denies, «La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation» dans Hennau-Hublet et Knoppers, *supra* note 9, 289 à la p. 291 et s.

⁶¹ Art. 318 Code civil belge.

⁶² Art. 313, para. 3 Code civil belge.

⁶³ Art. 315 Code civil belge.

⁶⁴ Art. 318, para. 4 Code civil belge.

cette question nous révèle une attitude conservatrice au Québec (a), qui n'est pas toujours partagée à l'extérieur de ses frontières (b).

a. *Au Québec*

Au Québec, le *Code de procédure civile* permet au tribunal, en matière familiale, d'ordonner, même d'office, et à tout moment de l'instruction, la production de toute preuve additionnelle⁶⁵. Il l'autorise, par ailleurs, à ordonner une expertise aux fins de constater et d'apprécier des faits relatifs au litige⁶⁶. Ces dispositions permettraient-elles aux tribunaux d'ordonner à une partie, d'office ou sur demande, de se soumettre à un test d'ADN ? Nous ne le pensons pas.

À cet effet, se référant à l'article 414 du *Code de procédure civile*, l'honorable Albert Mayrand s'exprimait comme suit :

Ce texte du Code de procédure civile (art. 414) autorise-t-il le tribunal à ordonner une expertise sanguine ? Lorsque toutes les parties consentent à se soumettre à la prise de sang indispensable, cela ne fait pas de doute. Mais si l'une d'elles refuse, pourrait-on l'y contraindre ? Nous ne le croyons pas. Devant l'affirmation du principe de l'inviolabilité de la personne humaine, nos tribunaux hésiteront à imposer l'expertise sanguine tant qu'un texte ne les y autorisera pas clairement [notes omises]⁶⁷.

En effet, une telle ordonnance forcerait une personne à se soumettre à un test auquel elle n'a pas consenti et aurait certainement pour effet de violer ses droits et libertés fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit à l'intégrité et à l'inviolabilité de sa personne et, d'autre part, le droit à sa vie privée. Notons que lors de la récente réforme du Code civil de 1991, un nouvel article, soit l'article 2858 C.c.Q., fut introduit afin que le tribunal doive, même d'office, rejeter toute preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cet article rend sans équivoque l'impossibilité pour le tribunal d'ordonner pareil test sans le consentement de la personne concernée.

L'état actuel de la jurisprudence est également à l'effet que l'on ne peut ordonner un prélèvement sanguin ou autre si la personne concernée s'y oppose⁶⁸. En effet, elle considère que l'article 414 C.p.c. n'a pas été édicté à cette fin, tel qu'il fut établi par la Cour d'appel en 1986 :

⁶⁵ Art. 815.1 C.p.c.

⁶⁶ Art. 414 C.p.c.

⁶⁷ A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 aux pp. 94, 105-106.

⁶⁸ *Cloutier c. Chrétien*, [1974] C.S. 433, (1977) 18 C. de D. 945 ; *Droit de la famille — 2552*, *supra* note 27 ; *Droit de la famille — 2796*, [1997] R.J.Q. 2834 (C.S.).

[I]l n'est pas douteux qu'en adoptant en 1965 l'article 414 du *Code de procédure civile* en remplacement des articles 392 et 398 du code antérieur, le législateur n'avait pas en vue le prélèvement sanguin⁶⁹.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que, conformément à l'article 10 C.c.Q., les tribunaux pourraient ordonner une telle expertise uniquement en présence d'un texte de loi les y autorisant. Or, un tel texte n'existant pas au Québec en matière de filiation, le principe de l'inviolabilité de la personne demeure prééminent⁷⁰.

Toutefois, nous pouvons recenser une occasion dans le cadre de laquelle notre Cour supérieure s'est aventurée à ordonner un test sanguin en matière de filiation pour finalement voir son jugement renversé à l'unanimité par la Cour d'appel⁷¹. Dans cette affaire, le demandeur, réclamant la paternité, demandait au tribunal d'ordonner que l'enfant soit soumis à un test sanguin tandis que la mère et le tuteur *ad hoc* de l'enfant s'y opposaient. En appel, le tribunal s'exprima comme suit :

Il demeure que le juge ne fait pas fonction de législateur dans notre système qui consacre la séparation des pouvoirs. En l'absence d'une loi autorisant clairement un prélèvement sanguin en pareilles circonstances, c'est le principe de l'inviolabilité qui seul doit guider le juge. Cette inviolabilité s'étend au corps humain⁷².

et plus loin :

La justice est affaire d'équilibre. Dans l'état actuel du droit positif, je suis d'avis que le moyen tiré du texte de l'article 414 C.P. est mal fondé⁷³.

Hormis cette affaire, les tribunaux québécois sont unanimes et constants à ce jour à considérer qu'il est hors de leur pouvoir d'ordonner un test d'identification de paternité, que ce soit par empreinte génétique ou par prélèvement sanguin, lorsque la partie concernée n'y consent pas⁷⁴.

b. Droit comparé

Nous exposerons, dans la présente partie, les différences marquantes qui séparent le droit québécois des provinces de *common law* et de ses voisins américains, ainsi que de certains pays européens.

⁶⁹ *Droit de la famille* — 206, [1986] R.J.Q. 2038 à la p. 2044 (C.A.), infirmant [1985] C.S. 998, autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée [1987] 1 R.C.S. xiv.

⁷⁰ *Droit de la famille* — 2796, *supra* note 68 à la p. 2836.

⁷¹ *Droit de la famille* — 206, *supra* note 69 à la p. 2042.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.* à la p. 2044.

⁷⁴ *Droit de la famille* — 1059, *supra* note 37 ; *Droit de la famille* — 1859, *supra* note 37 ; *Droit de la famille* — 2552, *supra* note 27 ; *Droit de la famille* — 2579, *supra* note 27 ; *Droit de la famille* — 2796, *supra* note 68.

i. Les provinces de *common law* et les États-Unis

Tandis qu'au Québec un juge ne peut pas ordonner un test génétique ou sanguin en matière familiale, il en va tout autrement de ses provinces voisines. En effet, les provinces de *common law* disposent de textes de loi autorisant un tribunal à ordonner un test sanguin en matière familiale. Ainsi, ces dispositions sont prévues au Manitoba, dans la *Loi sur l'obligation alimentaire*⁷⁵, en Ontario, dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*⁷⁶, au Nouveau-Brunswick, dans la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*⁷⁷, en Nouvelle-Écosse, dans la *Family Maintenance Act*⁷⁸, à l'Île-du-Prince-Édouard, dans la *Child Status Act*⁷⁹, à Terre-Neuve, dans la *Children's Law Act*⁸⁰, au Yukon, dans la *Loi sur l'enfance*⁸¹, en Alberta, dans la *Family and Domestic Related Statutes Amendment Act* et la *Parentage and Maintenance Act*⁸², en Saskatchewan, dans la *Children's Law Act*⁸³ et finalement en Colombie-Britannique, par le biais de la règle 30(1) des *Rules of Court* ou de la règle 10 des *Provincial Court (Family) Rules*.

Notons que ces mêmes textes de lois contiennent des dispositions permettant au tribunal de tirer une inférence négative du refus injustifié de se soumettre à de tels tests. Ainsi, parce que les tribunaux des provinces de *common law* usent de ce pouvoir en matière de filiation, on retrouve fréquemment dans la jurisprudence des ordonnances de se soumettre à ces tests⁸⁴. Toutefois, de telles demandes se voient rejetées lorsqu'elles sont de nature d'une «expédition de pêche» et lorsque la cour est d'avis qu'elles n'auraient que pour effet de troubler la paix familiale, étant donné qu'elles contreviennent à l'intérêt de l'enfant⁸⁵.

⁷⁵ L.R.M. 1987, c. F20, art. 21.

⁷⁶ L.R.O. 1990, c. C.12, art.10.

⁷⁷ L.N.-B. 1980, c. C-2.1, art. 110.

⁷⁸ R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 27.

⁷⁹ R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art.10.

⁸⁰ R.S.N. 1990, c. C-13, art 8.

⁸¹ L.R.Y. 1986, c. 22, art 15.

⁸² Respectivement : S.A. 1991, c. 11, art. 69(1) ; S.A. 1990, c. P-0.7, art. 13.

⁸³ S.S. 1990-91, c. C-8.1, art. 48.

⁸⁴ *D.H. c. D.W.* [1992] O.J. n° 1737 (Div. gén.), en ligne : QL (OJ) [ci-après *D.H.*]. S. c. M., (1994) 113 D.L.R. (4^e) 443, 92 B.C.L.R. (2^e) 265 (S.C.) ; *Vincelli c. Lorenzetto* [1993] B.C.J. n° 2011 (Prov. Ct.), en ligne : QL (BCJ) [ci-après *Vincelli*] ; *Goudie c. Goudie* [1993] B.C.J. n° 1049 (S.C.), en ligne : QL (BCJ) ; *Schubert c. Cahoon Estate* (1994), 120 D.L.R. (4^e) 581, 6 E.T.R. (2^e) 197 (B.C. S.C.) ; *F.S. c. C.H.* (1994), 120 D.L.R. (4^e) 432, 22 C.C.L.T. (2^e) 292 (Div. gén. Ont.) [ci-après *F.S.*] ; voir aussi T. Caufield, «Paternity Testing in the Genetic Era» (1996) 17:1 Health L. Can. 19 ; *C.C. (Guardian ad litem of) c. Y.K.B.* [1996] B.C.J. n° 996 (S.C.), en ligne : QL (BCJ) ; *Epps c. Honyara* [1998] B.C.J. n° 2261 (Prov. Ct.), en ligne : QL (BCJ) [ci-après *Epps*] ; *J.A. c. E.D.S.* [1998] A.J. n° 451 (Q.B.), en ligne : QL (AJ) ; *L.M.S. c. R.H.* [1996] B.C.J. n° 2539 (Prov. Ct. (Fam. Div.)), en ligne : QL (BCJ) [ci-après *L.M.S.*] ; *Schuh c. Schulzer* (1998), 60 B.C.L.R. (3^e) 295 ; 28 C.P.C. (4^e) 373 (S.C.) ; *T.N.T. c. J.S.* (1998), 52 B.C.L.R. (3^e) 352 (S.C.) [ci-après *T.N.T.*].

⁸⁵ *M.A.E. c. C.L.* (1993), 82 B.C.L.R. (2^e) 11 (S.C.) [ci-après *M.A.E.*] ; ce principe est également énoncé dans les arrêts : *L.M.S.*, *ibid.* et *T.N.T.*, *ibid.*

Aux États-Unis, la majorité des États sont également munis de dispositions permettant aux tribunaux d'ordonner certains tests dans le cadre de procédures visant l'établissement du lien de filiation. Ainsi, ces lois étatiques contiennent des dispositions prévoyant spécifiquement le pouvoir du tribunal d'ordonner à la mère, à l'enfant ou au père prétendu de se soumettre à des tests génétiques afin d'établir la paternité⁸⁶. Certaines de ces lois vont jusqu'à créer une obligation pour le tribunal d'ordonner un test génétique lorsqu'il est saisi d'une requête à cet effet⁸⁷.

ii. L'Europe

La Belgique, bien que dotée d'une législation très similaire à celle qui régit le Québec en matière de filiation, se distingue toutefois de façon notable à ce chapitre. En effet, le Code civil belge permet au tribunal d'ordonner, même d'office, un test sanguin ou tout autre test selon des méthodes scientifiquement éprouvées⁸⁸. Un pouvoir similaire est également accordé aux tribunaux du Royaume-Uni en vertu du *Family Law Reform Act 1969*⁸⁹.

En ce qui concerne la France, toute mesure d'instruction incluant un test sanguin ou toute autre méthode médicale certaine peut être ordonnée par le tribunal⁹⁰. La demande peut être faite par le mari⁹¹, par la mère ou l'enfant⁹², par le prétendu père⁹³ ou enfin par le défendeur dans une requête pour pension alimentaire (action à fins de subsides)⁹⁴. Le tribunal peut également ordonner d'office le test génétique afin d'établir la paternité⁹⁵. Toutefois, malgré que ce pouvoir soit discrétionnaire, le juge ne peut refuser d'accéder à une demande d'expertise faite en vertu des articles 430-31 et 342-44 du Code civil français, qui seront invoqués respectivement par le père préten-

⁸⁶ Ala. Code § 26-17-12 ; Kan. Stat. § 38-1118 ; N.J. Stat. § 9:17-48 ; Ohio Rev. Code § 3111.22 ; R.I. Gen. Laws § 15-8-11 ; Wash. Rev. Code § 26.26.100 ; Me. Rev. Stat. tit. 19-A, § 1558 ; Ark. Code § 9-10-108 ; Conn. Gen. Stat. § 46b-168 ; Ga. Code Ann. § 19-7-43, 19-7-45 et 19-7-46 ; Ind. Code § 31-14-16-1 ; Mich. Comp. Laws § 722.716 ; Mont. Code Ann. § 40-5-201, 40-6-113 et 46-6-112 ; N.H. Rev. Stat. Ann. § 522:1 ; Colo. Rev. Stat. § 13-25-126 ; Haw. Rev. Stat. § 584-11 ; N.M. Stat. Ann. § 40-11-12 ; N.D. Cent. Code § 14-17-10 ; Wyo. Stat. § 14-2-109 ; Miss. Code § 93-9-21 ; Ky. Rev. Stat. § 406.081.

⁸⁷ Colo. Rev. Stat. § 13-25-126 ; Haw. Rev. Stat. § 584-11 ; N.M. Stat. Ann. § 40-11-12 ; N.D. Cent. Code § 14-17-10 ; Wyo. Stat. § 14-2-109 ; Miss. Code § 93-9-21 ; Ky. Rev. Stat. § 406.081 ; Me. Rev. Stat. tit. 19-A, § 1558 ; R.I. Gen. Laws § 15-8-11 ; en Alabama : *Alabama ex Re. Goodno c. Cobb*, 567 So.2d 376 (Ala. Civ. App. 1990).

⁸⁸ Art. 331octies Code civil belge.

⁸⁹ (R.-U.), 1969, c. 46, art. 20.

⁹⁰ Art. 143-44 N.C. proc. civ.

⁹¹ Art. 313-2 C. civ. ; Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1981, Bull. civ. 1984.I.79, n° 94 ; D. 1982.Inf.254 (note D. Huet-Weiller) et Trib. gr. inst. Paris, 24 janvier 1983, D. 1983.Inf.327 (1^{re} esp.) (note D. Huet-Weiller).

⁹² Art. 340 C. civ. ; Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1965, D. 1966.Jur.20 (note A. Rouast).

⁹³ Art. 340-1 C. civ. ; Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1989, D. 1990.Jur.145 (note A. Bénabent).

⁹⁴ Art. 342-4 C. civ.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1990, Bull. civ. 1990.I.34, n° 46, D. 1990.690, obs. Massip.

du et dans le cadre d'une action pour fins de subsides. Ce principe se justifie dans la mesure où l'expertise constituera une fin de non-recevoir dans ces deux cas particuliers⁹⁶.

Ainsi, nous constatons que le Québec se démarque dans ce domaine en adoptant une attitude très conservatrice relativement à l'ordonnance de tests d'identification en matière de filiation. Cette prise de position découle d'un souci omniprésent de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne. Notons que ces droits sont interprétés, en matière familiale, à la lumière du critère du meilleur intérêt de l'enfant qui doit primer dans toute décision qui le concerne⁹⁷.

B. Admissibilité au procès de la preuve d'ADN

En plus des limites à la preuve déjà étudiées, la preuve d'ADN doit respecter certaines règles pour être admissible dans le cadre d'un procès. En effet, il devra, dans un premier temps, être mis en preuve qu'elle répond à certains critères afin être recevable (1) ; dans un second temps, sa force probante devra être établie (2).

1. Recevabilité de la preuve d'ADN

En règle générale, pour être recevable, la preuve d'ADN doit, comme toute autre preuve soumise dans le cadre d'un procès, être fiable (a), utile (b) et avoir été obtenue légalement (c).

a. Fiabilité de la technique

Trois critères sont généralement utilisés pour déterminer la fiabilité d'une preuve scientifique, à savoir, la validité du principe fondamental qui sous-tend la preuve, l'efficacité de la technique exposant la preuve et l'application convenable de cette technique à la cause en litige⁹⁸. Malgré l'utilisation relativement récente du profil génétique en matière de filiation, cette méthode était déjà amplement utilisée, depuis de nombreuses années, dans les domaines de la recherche fondamentale et de la généti-

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, Bull. civ. 1987.I.179, n° 245 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1989, D. 1990.Jur.145 (note A. Bénabent).

⁹⁷ Art. 33 C.c.Q.

⁹⁸ Au Canada, voir R. c. Wray, [1971] R.C.S. 272, 11 D.L.R. (3^e) 673 ; aux États-Unis, certaines lois ont adopté le test de l'arrêt *Frye c. United States* 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923) énonçant que la preuve basée sur une nouvelle technique scientifique ne doit être recevable que s'il y a acceptation générale des résultats de l'expert par la communauté scientifique à laquelle il appartient (à cet effet, voir P.C. Giannelli, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, a Half Century Later» (1980) 80 Colum. L. Rev. 1197) ; tandis que d'autres lois ont adopté la règle de la pertinence (telle que stipulée dans la règle 401 des *Federal Rules of Evidence*).

que de population⁹⁹. Ainsi, le profil génétique a fait ses preuves auprès du monde scientifique avant d'être transposé dans le monde juridique.

On peut dire que le fondement scientifique du profil génétique ainsi que la technique usuelle le produisant sont très peu contestés par les milieux tant scientifique que juridique¹⁰⁰. Cependant, la controverse règne en ce qui concerne l'application convenable de la technique permettant de visualiser le profil génétique ainsi que son interprétation. En effet :

La rigueur du protocole lors des tests génétiques comme le choix des sondes utilisées ou de l'enzyme de restriction peuvent biaiser les résultats, s'ils ne sont pas exécutés minutieusement. Des dangers de contamination et des problèmes techniques tels que le déplacement des bandes ne sont pas négligeables. De plus, l'erreur humaine est omniprésente [...]. Les résultats obtenus peuvent être ambigus et difficiles à interpréter pour une personne manquant d'expérience ou d'objectivité. Les probabilités appuyant les résultats doivent tenir compte des risques de mutation et de la fréquence des allèles dans les différentes populations. Les tests d'ADN exigent donc une expertise méticuleuse et responsable ainsi qu'un protocole strict et complet¹⁰¹.

L'appréciation de la fiabilité de cette preuve par empreinte génétique demeure toutefois sujette à la discrétion des tribunaux en fonction des exigences élaborées par les divers systèmes de droit, tel qu'en fait état la présente partie.

i. Au Canada

On peut affirmer qu'au Canada, en règle générale, les tribunaux admettent d'office la preuve d'ADN sans questionner la fiabilité du test. En effet, on ne peut relever qu'une seule occasion, soit l'affaire *Kotyk c. Jackson*¹⁰², dans le cadre de laquelle la défense a soulevé l'irrecevabilité d'un test d'identification génétique. Le test d'ADN concluait à la paternité du défendeur sans préciser cependant le degré de probabilité ni le nombre de sondes utilisées pour le profil génétique. Ainsi, compte tenu des ambiguïtés et lacunes du rapport, le tribunal déclara que le test d'ADN ne permettait pas de conclure à la paternité du défendeur.

Au Québec, une analyse de la jurisprudence répertoriée révèle que les résultats des expertises sanguines ou génétiques soumis en matière familiale lors d'un procès ne sont jamais questionnés en défense quant à leur fiabilité, pas plus qu'ils ne le sont quant à l'expertise du laboratoire les ayant produits ou encore quant à la compétence

⁹⁹ K.M. Summers, «DNA Polymorphisms in Human Population Studies: A Review», (1987) 14 Ann. Hum. Bio. 203.

¹⁰⁰ R.J. Richards, «DNA Fingerprinting and Paternity Testing» (1989) 22 U.C. Davis L. Rev. 609 à la p. 633 ; E.D. Shapiro, S. Reifler, et C.L. Psome, «The DNA Paternity Test : Legislating the Future Paternity Action» (1992-93) 7 J. L. & Health 1 à la p. 38.

¹⁰¹ Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 377.

¹⁰² (1991), 96 Sask. R. (2^e) 175 (Prov. Ct.).

de l'expert dans l'interprétation des résultats¹⁰³. Ainsi, ces résultats sont acceptés par le défendeur soit de façon explicite¹⁰⁴ ou, plus souvent, de façon implicite¹⁰⁵.

Cependant, cette confiance aveugle que l'on porte aux tests d'ADN peut mener à des injustices, comme le font remarquer certains auteurs :

[L]orsque des tests scientifiques sont en cause, les tribunaux, qui sont habituellement très vigilants à l'égard des risques de violations de droits et libertés fondamentaux, manquent souvent de rigueur juridique face à l'évaluation de la fiabilité de la technologie même. Il ne faudrait pas que ce traitement distinct déconsidère l'administration de la justice¹⁰⁶.

ii. Droit comparé

Aux États-Unis, l'attitude des tribunaux est semblable à celle que l'on constate au Canada dans la mesure où la fiabilité du test d'ADN est rarement questionnée. La première utilisation du test génétique en matière de filiation remonte à l'affaire *Re Baby Girl S.*¹⁰⁷ dans laquelle le tribunal admit le test sans examiner son exactitude, malgré le désaccord d'un expert scientifique¹⁰⁸. Par la suite, dans l'affaire *King c. Tanner*¹⁰⁹, le tribunal admit la preuve d'ADN en se basant uniquement sur l'arrêt *Re Baby Girl S.*¹¹⁰, sans questionnement additionnel¹¹¹.

Le droit belge, quant à lui, impose au juge d'apprécier, en vertu de son «expérience humaine» et de son expérience professionnelle, la fiabilité et la validité de la preuve scientifique, à charge pour lui de s'informer adéquatement. Ainsi, la partie qui requiert l'expertise n'aura pas, théoriquement, le fardeau de preuve à cet égard¹¹². On constate cependant en Belgique, tout comme au Québec, une foi aveugle des tribunaux dans la preuve scientifique qui est souvent admise d'office¹¹³.

En France, la jurisprudence a défini le concept de «méthode médicalement certaine» comme étant «toute méthode dont les conclusions scientifiques sont de nature à

¹⁰³ *Droit de la famille* — 2219, [1995] R.D.F. 432 (C.S.) conf. par. [1996] R.J.Q. 552 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1859, *supra* note 37 ; *Droit de la famille* — 2530, [1996] R.D.F. 913 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 2552, *supra* note 27 ; *Droit de la famille* — 2796, *supra* note 68.

¹⁰⁴ *S. c. S.*, [1973] C.S. 530. Dans cette affaire l'avocat de la défense a accepté l'expertise sérologique concluant à la paternité alors que le type de test utilisé ne permettait que de l'exclure et non de l'inclure.

¹⁰⁵ *Droit de la famille* — 2219, *supra* note 103 ; *Droit de la famille* — 989, *supra* note 17 ; *Droit de la famille* — 2530, *supra* note 103.

¹⁰⁶ Bernard et Clouquette, *supra* note 9 aux pp. 378-79.

¹⁰⁷ 140 Misc.2d 299, 532 N.Y.S.2d 634 (Sup. Ct. 1988) [ci-après *Re Baby Girl S.*].

¹⁰⁸ Sur le sujet voir : D.L. Burk, «DNA Identification : Possibilities and Pitfalls Revisited» (1990) 31 *Jurimetrics* 53 à la p. 73.

¹⁰⁹ 142 Misc.2d. 1004, 539 N.Y.S.2d 617 (Sup. Ct. 1989).

¹¹⁰ *Supra* note 107.

¹¹¹ Voir également : *Re Paternity of J.L.K.*, 151 Wis.2d 566, 445 N.W.2d 673 (Ct. App. 1989).

¹¹² Hustin-Denies, *supra* note 60 aux pp. 306-07.

¹¹³ *Ibid.* aux pp. 314-15.

exclure, à elles seules, toute possibilité de paternité du père prétendu, avec une certitude absolue»¹¹⁴. La notion de «certitude absolue» n'est toutefois pas précisée.

En Allemagne et en Suisse, on utilise le critère scientifique de «probabilité confinant à la certitude» pour juger de la fiabilité d'une technique. Celui-ci est défini dans la mesure où l'on exige, pour qu'il soit rencontré, un pourcentage de probabilité de 99,73%, pourcentage qu'il est possible d'atteindre et même de dépasser avec une preuve d'ADN¹¹⁵.

b. Utilité

En plus d'être fiable, la preuve d'ADN, comme toute autre expertise, doit être utile ou pertinente. Mme Hustin-Denies propose une définition intéressante de ce critère :

[D]e façon plus explicite, une expertise est utile à la solution d'un litige, d'une part, lorsque les éléments de fait qu'elle confirme ou explique constituent une base solide et pertinente, permettant au magistrat de se prononcer sur le fondement de la demande, ou, d'autre part, lorsque la conviction du juge n'a pu être emportée par d'autres moyens de preuve, moins chers et plus rapides, d'ores et déjà évoqués devant lui¹¹⁶.

Ainsi, le tribunal aura discrétion pour apprécier, selon les circonstances de la cause et la preuve déjà soumise, l'utilité de l'expertise, et ce, toujours à la lumière du droit qu'ont les parties de prouver les faits qu'elles allèguent.

i. Au Québec

Les tribunaux québécois, fidèles gardiens des droits et libertés fondamentaux de la personne et de l'intérêt de l'enfant en matière familiale, exigent que les tests d'ADN soient utiles dans le cadre d'une action en filiation. Il pourrait sembler que la preuve d'ADN soit toujours utile en matière de filiation de par la nature même de l'action qui vise la découverte de la paternité. Cependant, tel n'est pas toujours le cas. En effet, elle ne le sera pas, par exemple, lorsque la filiation n'est pas contestée par l'autre partie, ou encore lorsqu'elle a déjà été prouvée à la satisfaction du tribunal par le biais d'autres moyens de preuve.

Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille — 2796*¹¹⁷, le demandeur intentait une action en réclamation de paternité et demandait au tribunal d'ordonner que l'enfant se soumette à un test d'ADN. Voici ce qu'en dit le tribunal :

Dans l'affaire sous étude, les circonstances ne justifient pas l'application de la preuve d'ADN. La mère reconnaît la paternité du père. Celui-ci affirme l'être.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1991, n° 317 à la p. 207.

¹¹⁵ Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 409.

¹¹⁶ Hustin-Denies, *supra* note 60 aux pp. 307-08.

¹¹⁷ *Supra* note 68 à la p. 2838.

Il allègue au surplus des présomptions graves, précises et concordantes. Ce tribunal ne croit pas alors qu'il faille rompre le principe de l'inviolabilité de la personne.

[...]

Il emporte que la primauté du respect de l'intégrité soit préservée, que le test d'ADN ne devienne pas un moyen de parfaire une preuve dans une réclamation de paternité. Le demandeur peut établir sa paternité en respectant les règles de preuve reconnues.

Par ailleurs, dans l'affaire *Droit de la famille — 2552*¹¹⁸, le tribunal rejeta une demande d'ordonnance relative à un test d'ADN jugeant que, même si ce test était ordonné, il ne serait d'aucune utilité puisque l'enfant possédait un titre et une possession d'état qui concordaient et, par conséquent, une filiation déjà établie de façon immuable.

ii. Droit comparé

En Belgique, la preuve d'ADN, comme toute expertise, doit être utile, et n'est pas admise lorsque le tribunal dispose d'autres éléments de preuve l'ayant suffisamment convaincu¹¹⁹. Cependant, la question du droit à la preuve dont bénéficient les parties est soulevée. En effet, ce principe sous-entend que le tribunal ne pourrait écarter une demande d'expertise en matière de filiation «au motif qu'elle serait superflue, alors que les autres éléments de preuve recueillis ne seraient pas susceptibles de fournir une probabilité aussi forte»¹²⁰. Il est toutefois recommandé, tout comme en droit français, de commencer par l'expertise la plus performante, qui serait en l'occurrence le test d'ADN, lorsqu'il y a doute ou contestation¹²¹.

Le droit suisse, quant à lui, fait primer l'expertise scientifique sur les déclarations des parties et des témoins. Ainsi, dans ce contexte, une expertise telle qu'un test d'ADN aura préséance en tant que moyen de preuve¹²².

c. Légalité de la preuve : le consentement

Pour que la preuve soit admissible, en plus d'être fiable et utile, elle doit avoir été obtenue légalement, c'est-à-dire sans contravention à un droit. Cependant, le consentement de la personne que l'on veut soumettre à un test d'ADN ne sera nécessaire que dans certains systèmes de droit.

¹¹⁸ *Supra* note 27.

¹¹⁹ Hustin-Denies, *supra* note 60 à la p. 315.

¹²⁰ Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 413.

¹²¹ *Ibid.* aux pp. 413-14.

¹²² *Ibid.* à la p. 414.

i. Au Québec

Au Québec, il est essentiel que la preuve ait été obtenue légalement, c'est-à-dire dans le respect des droits fondamentaux de la personne concernée. Ainsi, lorsqu'une personne refuse de se soumettre à un test d'ADN, si le test est effectué contre son gré, les résultats seront inadmissibles devant les tribunaux québécois puisqu'il s'agira d'une preuve obtenue illégalement. En effet, au Québec et plus généralement au Canada, le *Code civil du Québec*¹²³, la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²⁴ ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁵ protègent les individus contre ce genre d'intrusion.

ii. Droit comparé

Dans les provinces de *common law*, malgré le pouvoir du tribunal d'ordonner un test sanguin ou un test d'ADN, le refus de la personne concernée d'obéir à une telle ordonnance aura pour effet d'empêcher la production des résultats de ces tests, étant donné la protection conférée par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁶.

Par ailleurs, en ce qui concerne les pays européens, ils sont, pour la plupart, dotés de lois internes, de lois constitutionnelles, d'accords internationaux ou encore de principes jurisprudentiels qui protègent le droit à l'inviolabilité de la personne.

C'est ainsi qu'en Belgique, malgré le pouvoir du tribunal d'ordonner à l'intéressé de se soumettre à un test d'ADN, aucune mesure ne pourra être prise en cas de refus. Cependant, en vertu d'un principe jurisprudentiel, tout comme au Québec, une inférence négative pourra être tirée de ce refus¹²⁷. Il en va de même en France où le pouvoir du juge d'ordonner un test d'ADN en matière de filiation est assujéti au consentement exprès et préalable de l'intéressé¹²⁸. En Angleterre, le même principe prévaut, à la différence que l'inférence négative qui peut être tirée le sera en vertu d'un texte de loi¹²⁹ (rejoignant ainsi le système des provinces de *common law*).

En ce qui concerne les pays de droit germanique ou nordique, tel que nous l'avons vu, l'accent est mis sur la recherche de la vérité biologique, et ce, par tous les moyens. Ainsi, la preuve de paternité sera produite avec ou sans le consentement des intéressés. Par conséquent, en Allemagne et en Suède, la personne qui refuse de se

¹²³ Art. 2858 C.c.Q.

¹²⁴ L.R.Q. c. C-12.

¹²⁵ Art. 24, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Voir Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 419.

¹²⁸ Art. 16-11 C. civ.

¹²⁹ *Family Law Reform Act 1969*, *supra* note 89, art. 23(1).

soumettre à un test de paternité se rend passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement ou encore d'exécution forcée¹³⁰.

En Suisse, l'intéressé sera tenu de collaborer à l'expertise, dans la mesure où cela ne représente aucun danger pour sa santé. De plus, l'âge de l'enfant ne pourra servir d'excuse pour refuser une prise de sang, pas plus que ne le sera un motif d'ordre confessionnel¹³¹. Par ailleurs, le tribunal aura discrétion pour apprécier le refus et pourra menacer le récalcitrant d'une amende ou d'une peine pénale. Ce dernier pourra également répondre des dommages que son refus causera sur le plan civil. Toutefois, contrairement à l'Allemagne et à la Suède, la contrainte du corps, donc l'exécution forcée, ne sera pas admise¹³².

2. La force probante

La force probante du test d'ADN est soumise à deux conditions essentielles, soit celle de la valeur probante intrinsèque de la preuve d'ADN (a), et celle de l'appréciation du tribunal quant au poids qui lui sera accordé dans la hiérarchie des moyens de preuve (b).

a. Valeur probante intrinsèque

Le test d'ADN se différencie des autres types d'expertise en ce qu'il possède un pouvoir discriminant très puissant qui lui confère une grande spécificité individuelle. De ce fait, il se démarque par sa supériorité face aux tests conventionnels et est largement reconnu dans les milieux médical et juridique¹³³.

Il est toutefois important de garder à l'esprit que pour être concluant, le test d'ADN doit être appuyé par des analyses statistiques comparatives qui détermineront la rareté du profil génétique obtenu dans la population. Ces analyses statistiques détermineront ultimement le degré de la force probante du test d'ADN. Ainsi, un profil génétique que l'on retrouve chez 80% de la population aura une valeur probante plus faible que celui que l'on retrouve chez seulement 20% de la population.

b. Appréciation du tribunal : poids de la preuve d'ADN

Une fois sa valeur probante intrinsèque établie, la preuve d'ADN sera soumise à l'appréciation du tribunal quant au poids qui lui sera accordé. Toutefois les critères qui seront appliqués dans le cadre de cette appréciation judiciaire varieront en fonction des pays.

¹³⁰ En Allemagne : art. 372a du code de procédure civile (ZPO) ; pour la Suède, voir Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 418.

¹³¹ Art. 254, ch. 2, C. civ.

¹³² Art. 41 et s. C. des obligations.

¹³³ Voir Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 379.

i. Au Québec

Au Québec, le tribunal a discrétion quant au poids qu'il accorde à la preuve d'ADN par rapport aux autres moyens de preuve qui lui ont été présentés. En effet, cette preuve génétique ne constitue qu'un moyen de preuve parmi les autres¹³⁴. À ce titre, elle devra être appréciée et pesée par le tribunal qui jugera de l'importance qu'il sera opportun de lui accorder.

Par ailleurs, cette preuve sera, sans aucun doute, écartée devant certains enjeux supérieurs, tel l'intérêt de l'enfant qui a toujours préséance dans les décisions qui le concernent. De plus, elle devra également céder le pas face au respect des droits et libertés fondamentaux de la personne. Ainsi, tel qu'exposé précédemment, lorsqu'un test aura été effectué contre le gré de la personne, sa force probante sera nulle puisque cette preuve se verra écartée, étant inadmissible en droit.

ii. Droit comparé

En Belgique, il appert qu'en présence d'une expertise «ne confinant pas à la certitude», le tribunal a discrétion dans l'appréciation qu'il fait de cette preuve par rapport aux autres moyens de preuve qui lui ont été soumis. Toutefois, lorsque le test révèle des probabilités égales ou supérieures à 99,73%, le juge doit privilégier ce moyen de preuve¹³⁵. Tandis qu'en droit Suisse, de façon plus radicale, si l'expertise amène une preuve certaine (99,73 % ou plus), toute contre-preuve sera exclue¹³⁶.

C. Problèmes éthiques et juridiques

La pratique des tests d'ADN est susceptible de soulever certains problèmes d'ordre éthique et juridique dont l'importance est loin d'être négligeable et dont les solutions sont loin d'être simples. En effet, certains droits fondamentaux pourront être affectés lors de la mise en œuvre de ces tests ; ainsi en va-t-il du droit à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne (1), de même que du droit à la vie privée (2). Par ailleurs, comme nous le verrons dans le cadre de ce chapitre, certains de ces droits entreront parfois en conflit, auquel cas, les enjeux se compliquent.

1. Droit à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne

Le test d'ADN, s'il est pratiqué contre la volonté de l'intéressé, enfreint le droit fondamental de ce dernier à l'inviolabilité de sa personne¹³⁷. Toutefois, ce test peut maintenant être pratiqué à partir de supports détachés du corps humain, tel un ongle ou un cheveu. Ainsi, le test d'ADN pratiqué à partir d'un support détaché du corps se voulant, par sa nature, beaucoup moins intrusif étant donné l'absence de ponction

¹³⁴ Voir *ibid.* aux pp. 379-80.

¹³⁵ Voir Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 415.

¹³⁶ Voir *ibid.*

¹³⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 124 et art. 10 C.c.Q.

corporelle et parfois même de contact physique avec la personne, qu'en est-il d'un tel prélèvement? Porte-t-il atteinte à l'inviolabilité de la personne de la même façon que lorsque cette dernière n'y consent pas (a) ? Par ailleurs, qu'en sera-t-il du consentement lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'un majeur inapte ou encore d'un défunt (b) ? Finalement, quelles seront les conséquences d'un refus de consentement (c) ?

a. *Le test d'ADN à partir d'un support détaché*

Il y a lieu de déterminer si le fait que le support soit détaché du corps empêche ou non qu'il y ait violation des droits à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne. La réponse variera en fonction des systèmes juridiques.

i. *Au Québec*

La doctrine analysée semble indiquer une interprétation assez large du concept de l'inviolabilité de la personne qui englobe non seulement l'aspect physique de l'atteinte mais également son aspect psychologique ou moral¹³⁸. Il s'ensuit de cette interprétation qu'un prélèvement effectué à partir d'une partie détachée du corps constitue une violation aux droits à l'intégrité et à l'inviolabilité de la personne lorsqu'il y a absence de consentement.

La jurisprudence québécoise en matière de filiation abonde dans le même sens. Ainsi, l'affaire *Droit de la famille — 2796* résume bien cette position lorsque le tribunal énonce ce qui suit :

Dans les circonstances, même si la santé de l'enfant n'est pas en péril et que le prélèvement ne semble présenter aucun danger ni aucune douleur pour l'enfant, puisqu'il peut être effectué au moyen d'un prélèvement d'un échantillon de cheveux ou d'un frottis de salive, il n'en demeure pas moins que c'est une atteinte à l'inviolabilité de la personne humaine, principe fondamental que les tribunaux doivent respecter sauf dans les cas exceptionnels où la santé et la vie de l'enfant seraient sérieusement en danger ou dans d'autres cas où les circonstances l'exigent¹³⁹.

ii. *Droit comparé*

En ce qui concerne la Belgique, l'approche est la même qu'en droit québécois. Ainsi, le prélèvement utilisé pour effectuer un test d'ADN et pratiqué sans le consentement de la personne constitue une atteinte à son intégrité et à son droit à l'inviolabilité, même s'il provient d'une partie détachée du corps¹⁴⁰.

¹³⁸ Voir Knoppers *et al.*, *supra* note 47 à la p. 89 ; Bernard et Choquette, *supra* note 9 à la p. 373.

¹³⁹ *Supra* note 68 à la p. 2838.

¹⁴⁰ Voir Hustin-Denies, *supra* note 60 aux pp. 319-22 ; voir aussi Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 417.

Quant aux pays ayant un système de droit de source germanique, cette question ne semble pas être un souci étant donné que la recherche de la vérité biologique sera le but premier du tribunal et devra s'exécuter envers et contre tous, tel qu'exposé précédemment.

b. Le consentement

En règle générale, le consentement qui est donné doit être libre et éclairé¹⁴¹. Toutefois, des règles particulières s'appliquent dans certains cas tels celui du mineur, du majeur inapte et de la personne décédée.

i. Principe général : consentement libre et éclairé

Le principe général s'appliquant à tout consentement qui est donné est à l'effet que celui-ci doit être libre et éclairé, et sera vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion¹⁴². Ainsi, pour être valide, le consentement devra être exempt de toute pression indue et être donné en toute connaissance de cause. Par conséquent, la preuve d'ADN obtenue suite à un consentement vicié pourra être rejetée par le tribunal. Par ailleurs, la personne qui donne son consentement devra être apte à s'obliger¹⁴³, ce qui nous amène à envisager les cas des personnes qui ne le sont pas.

ii. Le mineur

Dans le cas du mineur, certaines distinctions s'imposent. En effet, lorsqu'il s'agit de soins non requis par son état de santé, le *Code civil du Québec* autorise le mineur qui a quatorze ans ou plus à consentir seul à ces soins. Cette règle comporte toutefois une exception dans la mesure où, si ces soins représentent un risque sérieux pour sa santé et peuvent lui causer des effets graves et permanents, le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est alors requis¹⁴⁴.

En ce qui concerne le mineur de moins de quatorze ans, le consentement du représentant légal est toujours nécessaire. Par ailleurs, si les soins représentent «un risque sérieux pour [s]a santé» et «peuvent lui causer des effets graves et permanents», l'autorisation du tribunal est requise en sus¹⁴⁵.

La question se pose alors de savoir si le prélèvement effectué pour le test d'ADN constitue un soin non requis par l'état de santé étant donné qu'il ne s'agit certainement pas d'un soin requis par l'état de santé. Ceci nous amène à nous interroger relativement à ce que constitue un soin. La *Loi sur les services de santé et les services so-*

¹⁴¹ Art. 10 et 1399 C.c.Q.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Art. 1398 C.c.Q.

¹⁴⁴ Art. 17 C.c.Q.

¹⁴⁵ Art. 18 C.c.Q.

*ciaux*¹⁴⁶ est silencieuse sur le sujet. Pour ce qui est du *Code civil du Québec*, sans explicitement offrir de définition de cette notion, il y inclut les examens, prélèvements, traitements et «toute autre intervention»¹⁴⁷. Quant à la notion de santé, celle-ci peut inclure tant la santé physique que la santé psychique et, à cet effet, il est clair qu'un changement de filiation pourra perturber la santé psychique d'un enfant, voire lui causer des séquelles psychologiques.

Si l'on considère que le prélèvement effectué dans le cadre du test d'ADN n'entre pas dans la notion de soin précitée, on se retrouve alors devant une situation qui n'a pas été prévue par le législateur et présente donc un vide juridique tel que le relève d'ailleurs la jurisprudence¹⁴⁸. Mentionnons que les tribunaux, bien qu'ayant soulevé le problème, n'ont à ce jour pas encore pris position sur la question. Nous sommes toutefois d'opinion que la définition offerte par le *Code civil du Québec* regroupe un éventail d'éléments suffisamment large pour y inclure le test d'ADN. En effet, celui-ci peut aisément être considéré au titre d'un «prélèvement» ou encore de «toute autre intervention». Dans cette perspective, le mineur de quatorze ans et plus peut consentir seul à un test d'ADN, dans la mesure où il n'est pas requis par son état de santé. Tandis que pour le mineur de moins de quatorze ans, le consentement du représentant légal sera exigé.

Cela nous mène à une autre importante question, soit celle de la position conflictuelle devant laquelle se retrouve le titulaire de l'autorité parentale. En effet, en plus d'être, dans la quasi-totalité des cas, le parent gardien et à ce titre le représentant légal de l'enfant¹⁴⁹, le titulaire de l'autorité parentale peut également être défendeur dans un litige relatif à la filiation. Cela étant, pourra-t-il avoir l'objectivité nécessaire pour agir dans l'unique intérêt de l'enfant et faire abstraction de son propre intérêt, ou se trouve-t-il dans une position de conflit d'intérêt ?

Pour pallier à ce genre de situation, le *Code de procédure civile* prévoit que le tribunal devra, même d'office, dans tous les cas où l'intérêt du mineur est opposé à celui de son représentant légal, lui désigner un tuteur *ad hoc*¹⁵⁰. Notons que les tribunaux québécois ne manquent pas de rappeler et d'assurer la mise en application de cette disposition en matière de filiation¹⁵¹. Ainsi, un tuteur *ad hoc* sera nommé afin de «veiller au meilleur intérêt de l'enfant et éviter une décision teintée de conflit d'intérêts»¹⁵².

¹⁴⁶ L.R.Q. c. S-4.2.

¹⁴⁷ Art. 11 C.c.Q.

¹⁴⁸ *Droit de la famille* — 2796, *supra* note 68 à la p. 2838.

¹⁴⁹ Art. 192 C.c.Q.

¹⁵⁰ Art. 394.2 C.p.c. ; art. 190 C.c.Q.

¹⁵¹ *Droit de la famille* — 989, *supra* note 17 ; *Droit de la famille* — 2796, *supra* note 68 ; *Droit de la famille* — 3184, *supra* note 27.

¹⁵² *Droit de la famille* — 2796, *ibid.* à la p. 2836.

iii. Le majeur inapte

* Au Québec

En ce qui concerne le majeur inapte, le *Code civil du Québec* prévoit, en règle générale, que le consentement aux soins non requis par son état de santé est donné par le représentant légal¹⁵³. Ainsi, dans la mesure où l'on assimile le test d'ADN à un soin non requis par l'état de santé, il est possible d'affirmer que le consentement du représentant légal sera requis afin de soumettre une personne inapte à un tel test. Cependant, si le prélèvement est susceptible d'entraîner un risque sérieux pour sa santé, ou s'il peut causer des effets graves et permanents, l'autorisation du tribunal sera requise en sus¹⁵⁴. Tel sera le cas du comateux qui, étant donné son état, est incapable d'exprimer sa volonté et devient ainsi inapte.

* Droit comparé

En Belgique, aucune disposition législative ne prévoit la possibilité pour le tribunal d'ordonner un prélèvement visant à recueillir une empreinte génétique sur un comateux non protégé par un régime de protection. Or, cette situation s'avère problématique dans la mesure où l'on ne peut connaître la volonté de ce dernier. La doctrine belge considère que «le magistrat soucieux de rester dans les limites des pouvoirs que la loi lui confère semble impérativement tenu de rejeter toute demande visant à procéder à l'empreinte génétique d'un sujet incapable de manifester son consentement sous peine de porter, sans son consentement, atteinte à l'intégrité physique de ce dernier»¹⁵⁵. La jurisprudence belge semble toutefois recenser un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui ordonna un prélèvement sanguin sur un comateux dans le cadre d'une action en filiation¹⁵⁶.

iv. La personne décédée

Tel que nous le verrons dans cette section, le Québec demeure très respectueux des droits du cadavre en matière de filiation, tandis qu'ailleurs on va jusqu'à permettre l'exhumation.

* Au Québec

Au Québec, les dispositions du Code civil prévoient que le représentant légal du défunt pourra, à défaut de volonté connue ou présumée du défunt, autoriser le prélèvement de tissus sur le cadavre mais uniquement dans un but médical ou scientifi-

¹⁵³ Art. 18, 260, 2166 et 2169 C.c.Q.

¹⁵⁴ Art. 18 C.c.Q.

¹⁵⁵ Voir Hustin-Denies, *supra* note 60 aux pp. 329-30.

¹⁵⁶ Trib. civ. Nivelles, 29 octobre 1991, *inédit*, réformé par Bruxelles, 31 octobre 1991, Journ. Proc., 1992 (note J. Fierens) ; Hustin-Denies, *ibid.* à la p. 327.

que¹⁵⁷. Ainsi, nous en déduisons que le prélèvement d'empreinte génétique sur un cadavre, dans le cadre d'une action en filiation, sera interdit à moins que le défunt n'ait exprimé sa volonté à l'effet contraire avant son décès.

* Droit comparé

En Colombie-Britannique, dans l'affaire *Lee c. Horne*¹⁵⁸, le tribunal a permis qu'on utilise à des fins médicales un échantillon sanguin d'une personne décédée mais prélevé du vivant de la personne pour déterminer la paternité de cette dernière quant à quatre demandeurs exclus de son testament. Cependant, il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'exhumer le défunt dans le but d'y pratiquer un prélèvement. En effet, en Ontario, une demande judiciaire d'exhumation afin de procéder à un test d'ADN pour déterminer la paternité du défunt fut catégoriquement refusée¹⁵⁹.

En Belgique, aucune disposition spécifique ne semble prévoir le prélèvement *post mortem* dans le cadre d'une action en filiation¹⁶⁰. Il existe une loi sur les prélèvements et dons d'organes *post mortem* qui prévoit un consentement présumé du défunt lorsqu'il n'a pas, de son vivant, manifesté son opposition au prélèvement. On ne peut toutefois transposer les dispositions de cette loi en matière de filiation¹⁶¹. Ainsi, dans le cadre d'une action en filiation, la doctrine considère qu'à défaut de consentement exprès du vivant de la personne le tribunal devra, avant d'ordonner un prélèvement *post mortem*, examiner la légalité de la mesure, sa nécessité (en regard des autres moyens de preuve) et sa proportionnalité face au but poursuivi¹⁶². Notons toutefois qu'en Belgique, dans le cadre de procédures en matière de filiation, un tribunal a déjà ordonné l'exhumation d'un cadavre afin de procéder à un prélèvement pour un éventuel test d'ADN¹⁶³.

En France, l'article 16-11 C. civ. prévoit que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques suppose son consentement exprès et préalable, sans toutefois prévoir le cas du prélèvement *post mortem*. Cependant, dans la célèbre action en paternité intentée contre la succession de feu Yves Montand, la Cour d'appel de Paris a récemment ordonné l'exhumation du corps du *de cujus* pour l'accomplissement d'un test d'ADN¹⁶⁴. En effet, le tribunal déclara qu'il était de l'intérêt essentiel des parties d'aboutir dans la mesure du possible à une certitude biologique.

Cette décision nous paraît quelque peu aberrante dans la mesure où, malgré le fait que les ayants droit du *de cujus* ne se soient pas opposés au prélèvement, ce dernier

¹⁵⁷ Art. 43-44 C.c.Q.

¹⁵⁸ (1993), 84 B.C.L.R. (2^e) 341, 50 E.T.R. 297 (S.C.).

¹⁵⁹ *S.R. c. Hill Estate* (1996), 14 E.T.R. (2^e) 11, 7 O.T.C. 35 (Div. gén. Ont.).

¹⁶⁰ Voir Hustin-Denies, *supra* note 60 à la p. 331 et Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 421.

¹⁶¹ Voir Hustin-Denies, *ibid.*

¹⁶² Voir *ibid.* à la p. 333.

¹⁶³ Trib. civ. Liège, 17 avril 1989, *Journ. Proc.*, 1989.32, n° 158.

¹⁶⁴ Paris, 6 novembre 1997, D. 1998.I.122.

avait, de son vivant, alors que les procédures étaient déjà entamées, clairement manifesté son refus de se soumettre à ces tests. Non seulement ce refus aurait-il dû être respecté par ses héritiers, mais ces derniers ne sont-ils pas, de par leur position, en conflit d'intérêt dans la prise d'une telle décision?

c. Refus de consentement : inférence négative

Qu'en est-il du refus de se soumettre à un test d'ADN ? Tel que nous le verrons ici, il peut mener à une inférence négative du tribunal, inférence qui a, selon le système de droit étudié, des assises tantôt législatives et tantôt jurisprudentielles.

i. Au Québec

Le refus de se soumettre à un test d'ADN peut constituer, au Québec et plus généralement au Canada, une preuve indirecte déterminante de la filiation. En effet, la jurisprudence a établi que les tribunaux peuvent tirer une inférence négative lorsque le refus de se soumettre au test d'ADN n'est pas justifié ou raisonnable¹⁶⁵, ou encore, qu'il a pour but d'éviter une preuve potentiellement incriminante¹⁶⁶.

Toutefois, aucune inférence négative n'est tirée dans certains cas particuliers : lorsque le refus est fondé sur le fait que la présomption de paternité n'a pas été renversée, lorsqu'il est donné par un représentant légal, dans l'exercice d'un droit fondamental, lorsqu'il a pour effet de désavantager l'enfant¹⁶⁷ ou, enfin, lorsque ce refus est motivé par la crainte de contracter le SIDA ou par les croyances religieuses de la personne¹⁶⁸.

Toutefois, cette position n'est pas unanime au Québec où deux thèses s'affrontent. La première, rapportée par l'honorable Albert Mayrand, considère que le droit ne doit pas boudier la science¹⁶⁹. Dans cette mesure, on ne doit pas se servir du principe de l'inviolabilité de la personne comme paravent pour cacher la vérité. Ainsi, le refus de se soumettre à un test médical sans justification raisonnable indique probablement un désir de cacher quelque chose et, dans cette perspective, ce refus doit être interprété contre la personne.

¹⁶⁵ Dans *Droit de la famille — 1859*, *supra* note 37, le tribunal tire une inférence négative du refus du défendeur de se soumettre à un test d'ADN sans motifs, alors qu'il existe une ressemblance frappante entre l'enfant et lui ; considérant que l'enfant et le public ont un intérêt, tout doute doit être résolu par la meilleure preuve disponible.

¹⁶⁶ *D.M.A. c. M.S.* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 355 à la p. 358 (B.R. Div. fam.), *conf.* par (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 359 (C.A.).

¹⁶⁷ Respectivement : *D.H.*, *supra* note 84 ; *Francis c. Robertson* (1987), 60 O.R. (2^e) 47 (Ont. Unif. Fam. Ct.) ; *L(T.W.) c. K(L)* [1986] B.C.J. n° 2850 (Co. Ct.), en ligne : QL (BCJ) ; *Z(T.) c. W(A.L.)* (1990), [1992] N.W.T.R. 100 (Terr. Ct.).

¹⁶⁸ Voir A. Grubb et D.S. Pearl, *Blood Testing, AIDS and DNA Profiling: Law and Policy*, Bistol, Jordan & Sons, 1990 aux pp. 180-81.

¹⁶⁹ Voir Mayrand, *supra* note 67 à la p. 106.

La seconde thèse, comme nous pouvons le deviner, s'oppose à toute conclusion négative qui pourrait être tirée du refus de se soumettre à un test de paternité, invoquant qu'une personne doit pouvoir exercer un droit fondamental sans pour autant en être pénalisée. Les tenants de cette thèse, résumée par l'honorable juge Monet dans l'affaire *Droit de la famille—206*¹⁷⁰, rappellent au soutien de leur position que l'Office de Révision du Code civil a proposé, lors de la réforme de 1980, un article qui aurait permis au tribunal de tirer une telle inférence négative en cas de refus injustifié¹⁷¹. Or, les adeptes de cette seconde thèse voient dans le fait que cette recommandation n'ait pas été retenue par le législateur une manifestation claire de sa volonté sur la question¹⁷².

Cependant, une jurisprudence québécoise majoritaire, bien que consciente de l'existence de ces deux thèses et ne manquant de les rappeler, est d'avis que les tribunaux peuvent tirer une inférence négative du refus injustifié d'une partie de se soumettre à un test de paternité¹⁷³. Toutefois, le refus, à lui seul, n'est pas déterminant et sera considéré comme un élément de preuve parmi les autres¹⁷⁴. Les tribunaux ont été amenés à se questionner sur l'application de l'article 533 C.c.Q. quant à ce refus de se soumettre à un prélèvement. En effet, rappelons que l'article 533 C.c.Q. édicte qu'en matière de filiation, le témoignage n'est admissible qu'en présence, notamment, d'indices graves résultant de faits déjà clairement établis. Or, la jurisprudence a établi que le refus de se soumettre à un prélèvement pour un test de paternité sans motif valable ne peut, à lui seul, constituer un indice suffisant pour rendre admissible la preuve ; il doit être considéré avec les autres indices, à la lumière de l'ensemble de la preuve¹⁷⁵.

ii. Droit comparé

En ce qui concerne les provinces de *common law*, tel qu'exposé précédemment, celles-ci sont munies de lois autorisant le tribunal à ordonner un test, sanguin ou autre, en matière familiale¹⁷⁶. Or, ces mêmes lois prévoient également qu'une inférence négative pourra être tirée du refus d'une partie de se soumettre à un tel test sans justification valable, contrairement au Québec où il s'agit d'un concept jurisprudentiel¹⁷⁷.

¹⁷⁰ *Droit de la famille — 206*, *supra* note 69.

¹⁷¹ Voir Québec, Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978 à la p. 110, n° 289.

¹⁷² *Droit de la famille — 206*, *supra* note 69.

¹⁷³ *Droit de la famille — 1059*, *supra* note 37, juge Proulx ; *Droit de la famille — 1859*, *supra* note 37 ; *Droit de la famille — 2552*, *supra* note 27.

¹⁷⁴ *Droit de la famille — 2552*, *ibid.*

¹⁷⁵ *Droit de la famille — 2192*, *supra* note 37 ; *Droit de la famille — 2418*, [1996] R.D.F. 443 (C.A.) ; *Droit de la famille — 2441* (22 mai 1996), Montréal, 500-09-000968-933, J.E. 96-1301 (C.A.) ; *Droit de la famille — 2579*, *supra* note 27.

¹⁷⁶ Voir ci-dessus partie II.A.2.b.i.

¹⁷⁷ *Ibid.*

Le Royaume-Uni est, quant à lui, également muni d'une disposition législative en matière familiale permettant l'inférence négative dans le cas d'un refus injustifié¹⁷⁸. Pour ce qui est de la France, un article du nouveau *Code de procédure civile* permet de tirer du refus de se soumettre à un test sanguin toute conclusion, incluant une présomption défavorable¹⁷⁹. Le tribunal conserve toutefois son entière discrétion dans l'appréciation de la valeur de la présomption.

La Belgique, tout comme le Québec, ne dispose pas de législation spécifique à cet effet. Cependant, les tribunaux tireront une inférence négative du refus injustifié de se soumettre à une expertise qui pourrait constituer, lorsque corroborée par d'autres moyens de preuve, une présomption de faits quant à la paternité¹⁸⁰.

2. Le droit au respect de la vie privée

Étant donné la spécificité des informations révélées par les tests d'ADN quant à l'individualité de la personne concernée, un autre droit fondamental est susceptible d'être affecté, soit le droit à la vie privée. En effet, des informations très personnelles et potentiellement dommageables sont exposées dans le cadre de ces tests, tel l'adultère ou l'absence de lien de sang. Ces informations ont, sans aucun doute, le pouvoir de mettre en péril la paix et la stabilité des familles et de créer de véritables «guerres» intrafamiliales, notamment en matière de succession.

Ainsi, les informations que révèle le test d'ADN sur la personne concernée sont, de par la portée de leur contenu, susceptibles de constituer une violation au droit à la vie privée. Or, rappelons que ce droit est protégé tant par le *Code civil du Québec* (art. 3 et art. 35), que par la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 7) et par la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 5). Ce droit à la vie privée se voit parfois confronté à d'autres droits tout aussi importants. À cet effet, nous analyserons la question du droit au secret du géniteur qui se voit opposé à celui de l'enfant de connaître ses origines (a), pour nous pencher subséquemment sur le droit au respect à la vie privée de la famille (b) et enfin sur le droit au respect à la vie privée du *de cuius* (c).

a. Droit au secret du géniteur vs droit de l'enfant de connaître ses origines

Dans le cadre du respect du droit à la vie privée, certains droits s'affrontent. Ainsi, le géniteur a le droit de garder secrète sa vie privée. Il s'agit d'un droit constitutionnel garanti par les Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés. Cependant, l'enfant a, quant à lui, le droit de connaître ses origines. En effet, ce droit de connaître ses origines, bien que n'étant pas codifié en droit québécois, est un droit re-

¹⁷⁸ Voir la *Family Law Reform Act 1969*, *supra* note 89, art. 23.

¹⁷⁹ Art. 11 N.C. proc. civ.

¹⁸⁰ Voir *Hustin-Denies*, *supra* note 60 à la p. 309.

connu par la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁸¹. Celle-ci établit également que les droits de l'enfant priment ceux de l'adulte¹⁸². Ce droit aux origines a également été reconnu par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Droit de la famille—1059* qui affirmait alors le caractère fondamental du droit aux origines¹⁸³. Par ailleurs, l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁸⁴ prévoit tant le droit de l'adulte au respect de sa vie privée, que celui de l'enfant au respect de la vie familiale. De plus, l'interprétation de ce dernier article par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Marckx*¹⁸⁵ et *Johnston*¹⁸⁶ exige des États qu'ils permettent l'établissement légal de la filiation dès la naissance de l'enfant. Ainsi, comment concilier ces droits susceptibles de s'opposer? Commençons par établir que le droit aux origines n'est pas un droit absolu ; il comporte en effet des limites, à savoir qu'il ne réfère pas à des origines qui soient nécessairement biologiques¹⁸⁷. En effet, ces origines peuvent refléter une réalité sociale de l'enfant, étant donné qu'il n'est dit nulle part dans les conventions précitées que le droit aux origines représente le droit de connaître son origine biologique. De plus, la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁸⁸ a pour but premier la protection de l'intérêt de l'enfant ; or, cet intérêt est, dans certains cas, susceptible d'être mis en péril par l'établissement des origines biologiques de l'enfant. Enfin, la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁸⁹ protège le respect de la vie familiale de l'enfant ; cependant, la famille de l'enfant peut fort bien être constituée de parents qui n'ont à l'égard de l'enfant que des liens psychologiques.

Au Québec, rappelons que l'intérêt de l'enfant devra toujours prévaloir dans le cadre des décisions qui le concernent¹⁹⁰. Cet intérêt pourra tantôt être rencontré par la vérité biologique de ses origines et tantôt par la réalité psychosociale de son vécu. Notons toutefois qu'il faut se garder de revendiquer les tests d'ADN sous le couvert du droit aux origines, étant donné qu'il ne s'agit non seulement pas d'un droit absolu, mais qu'en plus, le droit aux origines ne réfère pas nécessairement à des origines biologiques.

¹⁸¹ *Supra* note 45, art. 7(1) : «L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux».

¹⁸² *Ibid.*, art. 2 et 3.

¹⁸³ [1986] R.D.F. 632 (C.S.) à la p. 638, conf. par [1990] R.D.F. 385 (C.A.).

¹⁸⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après *Convention européenne des droits de l'homme*].

¹⁸⁵ *Supra* note 57.

¹⁸⁶ *Johnston c. Irlande* (1986) 112 Cour Eur. D.H. (Sér. A.) 5 à la p. 25.

¹⁸⁷ Voir Knoppers *et al.*, *supra* note 47 aux pp. 104-105.

¹⁸⁸ *Supra* note 45.

¹⁸⁹ *Supra* note 184.

¹⁹⁰ Art. 33 C.c.Q.

b. *Droit au respect de la vie familiale*

Parallèlement au droit au respect à la vie privée du parent biologique désireux de faire taire ses gènes, l'enfant a également un droit individuel au respect de la vie familiale. En effet, l'interprétation de certains textes internationaux et constitutionnels permet d'affirmer que la famille forme une cellule sociale qui est protégée contre toute ingérence illégitime des tiers. Ainsi, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* prévoit à son article 12 que : «Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile [...]. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes». La *Convention européenne des droits de l'homme* est munie d'une disposition semblable, assurant le respect de la vie familiale¹⁹¹.

Le droit au respect à la vie privée du parent biologique désireux de faire taire ses gènes est susceptible d'entrer en conflit avec le droit de l'enfant au respect de sa vie familiale, dans la mesure où il peut le priver de «son droit de bénéficier de l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle, ainsi que de son insertion dans le double réseau familial de ses père et mère»¹⁹². Cependant, rappelons également que cette vie familiale peut se voir grandement troublée par la découverte d'un nouveau lien de filiation découlant d'un test d'ADN. Il faut toutefois retenir que cette protection contre toute intrusion dans la vie familiale a pour but premier la protection de l'intérêt de l'enfant et, dans cette mesure, elle demeure soumise à cet intérêt prioritaire, en application de la *Convention internationale des droits de l'enfant* et, au Québec, de l'article 33 C.c.Q.

c. *Droit au respect de la vie privée du de cujus*

Les informations révélées par le test d'ADN peuvent également entraver le droit à la vie privée du *de cujus* qui, si on lui découvre des liens de parenté *post mortem*, ne pourra certainement pas reposer en paix. Au contraire, celui-ci se verra exposé, après son décès, à une intrusion majeure dans son intimité, dans la mesure où des informations qu'il aura manifestement voulu garder secrètes, tel un adultère, seront dévoilées.

Par ailleurs, ces informations auront certes des conséquences sur sa succession, étant donné que l'enfant nouvellement découvert pourra, dans certains cas, en revendiquer une partie. Or, le défunt, s'il avait eu connaissance de cette éventualité avant son décès aurait pu contrer une telle revendication dans le cadre de son testament, du moins au Québec. De plus, les conséquences de ces nouvelles révélations peuvent s'avérer déchirantes pour le noyau familial.

Malgré l'illégalité d'un prélèvement *post mortem* (à moins de raisons médicales) au Québec, cette pratique demeure légale dans certains pays européens. Ainsi, il y a lieu de réfléchir sur la violation de la vie privée du défunt, ainsi que sur les consé-

¹⁹¹ *Supra* note 184, art. 8.

¹⁹² Voir Hustin-Denies, *supra* note 60 à la p. 325.

quences d'un tel prélèvement et sur les injustices qui en découlent, dans la mesure où le défunt ne peut se faire entendre. En effet, ce dernier n'est plus en mesure de prendre les moyens appropriés relativement à la situation nouvelle révélée par un test d'ADN. Par ailleurs, le droit à la vie privée du *de cuius* est susceptible d'entrer en conflit avec le droit aux origines de l'enfant. À cet effet, nous renvoyons le lecteur aux propos énoncés au titre (a) de ce chapitre.

D. Vérité biologique vs réalité psychosociale

Notre étude sur l'incidence des tests d'ADN sur le droit de la filiation nous mène inévitablement au cœur du débat, à savoir la conciliation de ces tests avec l'intérêt de l'enfant. Étant donné la primauté accordée à l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de se demander si la preuve d'ADN, malgré sa fiabilité et sa force probante, pourra se voir écarter devant cet enjeu supérieur. En effet, les conséquences qui s'ensuivent, soit la découverte d'une paternité jusqu'alors inconnue, et les effets légaux qui en découlent, pourront inévitablement avoir un impact sur le bien-être psychologique et parfois physique de l'enfant. Nous voici, à présent, au cœur d'un débat important que soulève l'avènement des tests génétiques. En effet, étant donné leur nature, les tests d'ADN peuvent révéler avec une exactitude quasi totale le lien de filiation biologique. Cependant, cette découverte de la «vérité» sera-t-elle considérée comme étant dans le meilleur intérêt de l'enfant ? Dans la négative, l'intérêt de l'enfant aura-t-il toujours préséance au point de faire taire la vérité biologique ou au contraire ces progrès scientifiques auront-ils pour effet de modifier les règles de notre droit de la filiation ? Le droit québécois (1) se distingue-t-il sur cette question des systèmes de droit étrangers (2) ?

1. Au Québec

La réalité sociale et légale du lien de filiation n'a jamais constitué un reflet authentique de la vérité biologique au Québec. Le *Code civil du Québec* limite actuellement la preuve génétique, en matière familiale, par le biais de diverses règles. En effet, les dispositions afférentes à la courte prescription d'un an pour le père présumé qui veut contester une filiation, celles afférentes à la conformité entre le titre et la possession constante d'état et celles relatives aux effets de la procréation médicalement assistée, témoignent manifestement de cette volonté. Se rapprochant, en cela, des systèmes de droit français et belge, le droit québécois «accorde des effets déterminants à d'autres éléments tels que la volonté, la reconnaissance sociale ou l'écoulement du temps [...]. La réalité construite par le droit n'est pas le calque de la réalité biologique et dans cette mesure il en limite nécessairement l'importance»¹⁹³.

Ces dispositions écartent l'hypothèse voulant que la connaissance de la vérité biologique soit automatiquement dans l'intérêt de l'enfant. Elles témoignent plutôt d'une volonté législative manifeste de préserver la stabilité des familles en évitant de

¹⁹³ J.-C. Galloux, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite» J.C.P. 1991.I.3497 au para. 21.

remettre en question à tout moment la filiation. La jurisprudence partage pleinement cette interprétation qu'elle met d'ailleurs à exécution¹⁹⁴. En effet, le tribunal ne manque pas de souligner dans l'arrêt *Droit de la famille—2143* que :

Le législateur a posé des règles très strictes dans l'intérêt du public : courte prescription pour le père présumé et absence de contestation lorsque l'enfant a une possession d'état conforme à son acte de naissance. Le législateur voulait sûrement, pour des raisons d'ordre public, éviter qu'avec le développement des techniques génétiques on puisse remettre en question, en tout temps, la filiation des enfants [...]¹⁹⁵.

Un examen de la jurisprudence québécoise révèle, conséquemment, une tendance nettement majoritaire des tribunaux à favoriser la réalité socio-affective plutôt que la réalité biologique¹⁹⁶. Notons que cette position respecte les données psychologiques actuelles qui démontrent le rôle fondamental que joue le parent psychologique dans le développement de l'enfant¹⁹⁷. Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille—2552*, après avoir agi comme le père de l'enfant pendant douze ans et après avoir été déclaré comme tel à l'acte de naissance, le demandeur requiert le désaveu et demande au tribunal d'ordonner un test d'ADN. Ce dernier, refusant la demande, s'exprime comme suit :

La vérité scientifique qui peut résulter d'un test n'est pas suffisante pour supplanter tous les autres éléments à considérer, sur le plan juridique et psychologique, le problème de l'état civil d'une personne et son identité. Il serait contraire à l'intérêt public que l'on puisse impunément remettre en question l'état civil d'une personne et son identité¹⁹⁸.

Par ailleurs, un récent arrêt¹⁹⁹ rapporte une situation similaire : le demandeur requiert un désaveu de paternité quant au premier de deux enfants nés au cours de sa vie commune d'une durée de huit ans avec la mère. Il a découvert et confirmé par un test d'ADN, suite à la séparation, qu'il n'en était pas le père. Étant donné la conformité entre l'acte de naissance et la possession d'état de sept ans, le tribunal, malgré la preuve révélée par le test d'ADN, rejette cette demande préservant ainsi la paix et la stabilité de cette famille.

Il est intéressant de noter que le tribunal fait référence à la notion de possession d'état involontaire (abordée dans l'arrêt *Droit de la famille—2530*²⁰⁰) qui suggère que

¹⁹⁴ *Droit de la famille — 2143*, [1995] R.D.F. 137 (C.S.) ; *Droit de la famille — 2579*, *supra* note 27 à la p. 100.

¹⁹⁵ *Droit de la famille — 2143*, *ibid.* à la p. 140.

¹⁹⁶ *Droit de la famille — 206*, *supra* note 69 ; *Droit de la famille — 989*, *supra* note 17 ; *Droit de la famille — 1663* [1992] R.D.F. 628 (C.S.) ; *Droit de la famille — 1859*, *supra* note 37 ; *Droit de la famille — 2143*, *supra* note 194 ; *Droit de la famille — 2579*, *supra* note 27 ; *Droit de la famille — 2796*, *supra* note 68 ; *Droit de la famille — 3184*, *supra* note 27.

¹⁹⁷ *Droit de la famille — 989*, *ibid.* à la p. 1355.

¹⁹⁸ *Supra* note 27 à la p. 896.

¹⁹⁹ *Droit de la famille — 3184*, *supra* note 27.

²⁰⁰ *Supra* note 103 à la p. 14.

la possession d'état ne devient effective qu'à partir du moment de la connaissance du mensonge, ce qui la rendrait inexistante dans cette affaire, le demandeur ayant dès lors cessé de voir l'enfant. Toutefois, ce concept ne permet pas de faire primer les droits d'un père présumé sur l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le tribunal prend en considération le dommage psychologique que subirait l'enfant visé par la demande en désaveu si le père exerçait ses droits parentaux uniquement à l'égard du second, qui demeure son frère²⁰¹. Nous constatons que l'intérêt de l'enfant est jugé supérieur à la vérité biologique sur laquelle il primera en cas de conflit.

Dans le cadre de deux autres arrêts, soit *Droit de la famille—989*²⁰² et *Droit de la famille—2796*²⁰³, le tribunal pousse davantage ce raisonnement, usant de sa discrétion pour outrepasser la recommandation du tuteur *ad hoc*. En effet, ce dernier, nommé pour représenter les intérêts de l'enfant, se prononce en faveur d'un test génétique considérant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de connaître la vérité biologique. Toutefois, malgré cela, le tribunal conclut que la vérité socio-affective demeure dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Dans l'affaire *Droit de la famille—989*, la mère de l'enfant annonce à son ex-mari, près de deux ans après le divorce, qu'il n'est pas le père de l'enfant qui avait six mois lors du divorce. Or, le père biologique, fort d'une preuve par ADN, revendique la paternité. De plus, le directeur de la protection de la jeunesse intervient pour plaider en faveur des origines biologiques de l'enfant. Voici ce qu'en dit le tribunal :

La lecture de l'ensemble des dispositions du titre troisième du *Code civil du Québec* portant sur la filiation amène inévitablement à la conclusion que le législateur a refusé d'ériger en système, un principe selon lequel seule compterait la «vérité biologique». [...] Il n'appartient pas au tribunal d'amender le *Code civil* pour faire triompher la vérité biologique à tout prix comme a semblé le suggérer le procureur du D.P.J., plaidant au nom de l'enfant M [notes omises]²⁰⁴.

Dans l'affaire *Droit de la famille—2796*²⁰⁵, le tribunal refuse de donner suite à la demande du père, appuyée par le tuteur *ad hoc*, qui requiert une ordonnance visant à soumettre l'enfant à un test génétique, dans le cadre d'une action en reconnaissance de paternité. En effet, d'une part, cette demande n'est pas contestée et ne constitue qu'un moyen pour le père de satisfaire sa curiosité; d'autre part, le tribunal considère qu'il n'en va aucunement de l'intérêt de l'enfant de connaître la vérité biologique, étant donné que sa paternité est établie et n'est pas contestée²⁰⁶.

²⁰¹ *Ibid.* à la p. 18.

²⁰² *Supra* note 17.

²⁰³ *Supra* note 68.

²⁰⁴ *Supra* note 17 à la p. 1358.

²⁰⁵ *Supra* note 68.

²⁰⁶ *Ibid.* à la p. 2839.

Cependant, dans le cadre d'un courant nettement minoritaire, nous relevons deux causes dans lesquelles le tribunal a fait triompher la vérité biologique²⁰⁷. Dans la première affaire, *Droit de la famille—2219*²⁰⁸, se prononçant sur une action en reconnaissance de paternité entreprise par le père biologique, la Cour d'appel, confirmant sur ce point le jugement de première instance, s'exprime comme suit:

Il me paraîtrait aberrant [...] d'écarter la vérité et la réalité, en l'occurrence que l'intimé est le père de l'enfant, et de rejeter sa demande pour le motif qu'il est préférable «dans l'intérêt de l'enfant» qu'il ne le soit pas ou qu'une déclaration de paternité ne soit pas faite²⁰⁹.

Les faits particuliers de cette cause mettent toutefois ces propos en perspective, en ce qu'il s'agit d'un père biologique, récemment informé de sa paternité, qui demande à être reconnu tandis que l'enfant, abandonnée par sa mère, est sur le point d'être adoptée. À cet égard, le tribunal déclare :

[S]i la demande de filiation est déposée *avant* l'émission de cette ordonnance [de placement], il est réputé être dans l'intérêt de l'enfant que la question soit tranchée et, qui plus est, ceci respecterait ses droits quant à l'établissement d'un lien de filiation entre lui et ses parents par le sang²¹⁰.

Dans la seconde affaire, *Droit de la famille—2530*²¹¹, le tribunal permet le désaveu de paternité suite à un test d'ADN ayant révélé au demandeur qu'il n'était pas le père de l'enfant, malgré la naissance de l'enfant pendant le mariage et l'existence d'une possession constante d'état d'une durée de quatre ans. Adoptant une position plus radicale, il va jusqu'à statuer que l'on ne saurait retenir l'argument social suivant lequel la paix des familles exige des solutions qui peuvent aller à l'encontre de la vérité biologique pour écarter le recours en désaveu traditionnel sans une volonté clairement exprimée par le législateur. Le tribunal ne manque toutefois pas de souligner que l'intérêt de l'enfant doit primer dans toutes les décisions qui le concernent. Cependant, il considère que cet intérêt ne serait assurément pas servi par un jugement obligeant un père à s'occuper d'un enfant qu'il ne désire plus voir. Par ailleurs, un tel jugement pourrait empêcher l'enfant de rechercher son père biologique.

Ainsi, ces deux dernières décisions, clairement minoritaires, se distinguent radicalement du courant de pensée guidant le système québécois du droit de la filiation. En effet, elles semblent assimiler la vérité biologique au meilleur intérêt de l'enfant. Toutefois, tandis que l'on fait miroiter l'intérêt de l'enfant, on ne peut manquer de remarquer que les intérêts et droits du parent biologique ont prévalu dans ces deux arrêts; l'ont-il été au prix de ceux de l'enfant ?

²⁰⁷ *Droit de la famille — 2219*, *supra* note 103 ; *Droit de la famille — 2530*, *supra* note 103.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Jugement de la Cour d'appel, *supra* note 103 à la p. 557.

²¹⁰ *Ibid.* aux pp. 557-58.

²¹¹ *Supra* note 103.

2. Droit comparé

En ce qui concerne les provinces de *common law*, la jurisprudence n'adopte pas une position aussi claire qu'au Québec. En effet, dans l'affaire *Goudie c. Goudie*²¹², le tribunal fait triompher la vérité biologique dans des conditions aberrantes. En effet, les parties divorcées ont trois enfants. Lorsque la mère se remarie, dans le but de rompre les liens avec son ex-mari, elle demande au tribunal d'ordonner un test sanguin afin de prouver que deux des trois enfants ne sont pas de celui-ci. Contre toute attente, le tribunal ordonne le test sanguin afin de connaître la vérité biologique. Notons toutefois qu'un autre juge, dans la même affaire (différente instance), déplore la tactique de la mère.

Dans l'affaire *S. c. M.*²¹³, vingt ans après un viol ayant résulté en grossesse, une femme poursuit son agresseur en dommages-intérêts pour les frais d'entretien occasionnés par l'enfant. À cet effet, elle demande une ordonnance de tests sanguins afin de prouver la paternité, demande à laquelle le tribunal acquiesce malgré le fait que le père présumé n'ait pas consenti, faisant ainsi primer la vérité biologique. Notons que l'enfant, adulte, consentait à se soumettre à un test d'ADN.

Ces décisions ne sont pas les seules à associer le meilleur intérêt de l'enfant à la découverte de son lien de filiation biologique²¹⁴. Par ailleurs, plusieurs décisions récentes font primer l'intérêt de la justice sur l'intérêt de l'enfant et, considérant qu'il en va de l'intérêt de la justice d'être en possession de la meilleure preuve, ordonnent le test d'ADN. Toutefois, l'intérêt de l'enfant n'est pas totalement écarté, dans la mesure où il est mentionné que la règle de la meilleure preuve ne vaudra que dans la mesure où elle ne sera pas nuisible à l'enfant²¹⁵. Par ailleurs, notons que les tribunaux des provinces de *common law* ont également jugé la vérité biologique comme étant contraire à l'intérêt de l'enfant, notamment dans les cas de procréation médicalement assistée²¹⁶, lorsque les motivations du demandeur étaient purement pécuniaires²¹⁷ ou encore lorsque la vérité biologique est susceptible de troubler la paix et la stabilité familiale de l'enfant²¹⁸.

En ce qui concerne la France et la Belgique, conformément à la tradition romaniste, la réalité psycho-affective est privilégiée étant donné que ces deux systèmes juridiques sont basés sur la reconnaissance et la volonté²¹⁹. Pour ce qui est de

²¹² *Supra* note 84.

²¹³ *Supra* note 84.

²¹⁴ Voir *D.H.*, *supra* note 84 ainsi que *Epps*, *supra* note 84.

²¹⁵ Voir *L.M.S.*, *supra* note 84, *Epps*, *supra* note 84, *T.N.T.*, *supra* note 84 et *Vincelli*, *supra* note 84 (ne tient pas compte du préjudice à l'enfant).

²¹⁶ Voir par ex. *Z.(M.J.)*, *supra* note 43 et *L. c. L.*, *supra* note 43.

²¹⁷ *F.S.*, *supra* note 84.

²¹⁸ *M.A.E.*, *supra* note 85.

²¹⁹ Voir Meulders-Klein, *supra* note 53 aux pp. 402-403.

l'Allemagne et de la Suède, comme tous les pays de tradition germanique et nordique, une place impérative et primordiale est accordée à la vérité biologique²²⁰.

Conclusion

Les tests d'ADN ont, de par leur nature, le potentiel de modifier de façon significative le droit de la filiation, dans la mesure où l'on peut, à présent, connaître avec une exactitude quasi totale la vérité biologique et ainsi établir le «véritable» lien de filiation. Cependant, aussi concluants et performants que puissent être ces tests, notre étude démontre que ce ne sera pas cette nouvelle technologie qui gouvernera l'établissement légal de la filiation, mais plutôt les valeurs sociales et culturelles d'une nation qui en détermineront l'importance.

En effet, les choix sociaux et culturels seront reflétés dans les différentes législations des pays, lesquelles verront à la mise en application de ces choix par l'ouverture et l'importance qu'elles accorderont aux tests d'ADN en matière de filiation. Ainsi, dans les pays de tradition romaniste la preuve par test d'ADN sera reléguée au second plan devant la place qu'occupe la reconnaissance sociale du lien de filiation, tandis que dans les pays de tradition germanique et nordique, étant donné la primauté de la vérité biologique, une place de choix sera accordée à ces tests.

Au Québec, le test d'ADN devra céder le pas devant des enjeux supérieurs tels, notamment, le respect des droits fondamentaux de la personne et, avant tout, l'intérêt de l'enfant. Il est établi que celui-ci sera servi par la stabilité affective et familiale de l'enfant, plutôt que par la recherche de son lien de filiation biologique. Toutefois, d'aucuns prétendent qu'avec les mouvements constants des familles modernes dont nous sommes témoins à notre époque, la seule stabilité qui demeure parfois pour un enfant est celle du lien biologique²²¹. De plus, ne perdons pas de vue que l'intérêt de l'enfant pourra à l'occasion commander la recherche de ses origines biologiques, et ce, pour des raisons médicales ou encore patrimoniales.

Par ailleurs, on ne peut passer sous silence l'importance des tests génétiques pour l'État qui a, quant à lui, un intérêt à retrouver le parent biologique. En effet, dans les pays munis de programmes sociaux visant à pourvoir aux besoins des enfants démunis, les incitatifs gouvernementaux ne seront pas négligeables, dans la mesure où la recherche et la découverte du parent biologique équivaudront à celle du débiteur alimentaire, ayant potentiellement comme résultat de décharger l'État d'un fardeau financier.

Pour terminer, rappelons l'existence des tests d'ADN pratiqués dans un contexte extra-judiciaire qui, bien que fort utiles dans certains cas, demeurent à ce jour non réglementés. Or, cette pratique dissimule un danger réel : celui d'une atteinte illicite à certains droits tels le droit à l'intégrité et à l'inviolabilité et le droit à la vie privée de

²²⁰ Voir *ibid.* aux pp. 401-402 ; voir aussi la partie II.B.1.c.ii du présent article.

²²¹ Voir Meulders-Klein, *supra* note 53 à la p. 405.

l'enfant. En effet, ceux-ci ne peuvent être valablement protégés étant donné que, d'une part, le détenteur de l'autorité parentale peut faire prévaloir ses intérêts sur ceux de l'enfant et que, d'autre part, aucune instance judiciaire ou administrative impartiale, gardienne des droits et intérêts de l'enfant, n'est appelée à intervenir. Par ailleurs, la conservation d'échantillons et la constitution possible de banques de données sous-tendent l'accès à ces données par des personnes non autorisées, situation lourde de conséquences vu la nature des informations disponibles. De plus, la possibilité que ces données puissent être utilisées à d'autres fins que celles prévues sans qu'un contrôle ne puisse être exercé demeure présente. Ainsi, malgré que les tests d'ADN n'occupent pas une place de choix en droit de la filiation au Québec, il est important, sinon essentiel, que le législateur intervienne à cet effet et, à défaut d'imposer un contrôle judiciaire pour filtrer l'exécution de ces tests, instaure un système de contrôle réglementaire sur la qualité des tests, la qualification des experts et les méthodes scientifiques utilisées, afin de protéger le public contre toute ingérence et discrimination possible.
