

Les Cahiers de droit



Claude BOISCLAIR, Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence? Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1978, 204 pp. [ISSN 0317-9656].

Mireille D. Castelli

Volume 21, Number 2, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042398ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042398ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Castelli, M. D. (1980). Review of [Claude BOISCLAIR, Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence? Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1978, 204 pp. [ISSN 0317-9656].] *Les Cahiers de droit*, 21(2), 495–497. <https://doi.org/10.7202/042398ar>

peuvent, en cas de succès, gêner sensiblement le Gouvernement, comme l'ont montré des événements plus récents), plusieurs mettent en cause les libertés fondamentales et présentent à ce titre un intérêt particulier pour le lecteur étranger. En cette matière, le Conseil constitutionnel a fait application des textes déclaratifs de 1789 et 1946, incorporés au Préambule de la Constitution de 1958, mais aussi de « principes de valeur constitutionnelle » (pp. 294, 309). Cette « jurisprudence » est reproduite *in extenso*. À la suite de décisions comme celle du 12 janvier 1977, qui invalide la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, on peut espérer que le Conseil réussira à affermir son indépendance et son autorité. Ce n'est évidemment qu'à cette condition qu'il pourra apparaître moins comme le protecteur des compétences de l'Exécutif que comme l'interprète impartial des règles constitutionnelles.

Au total, ce recueil semble s'imposer comme ouvrage de référence en droit constitutionnel français. En dépit d'un choix un peu étriqué des sources, de certaines redites, d'une indexation insuffisante des matières et d'une mise en page parfois confuse, il reste utile et maniable. Sa lecture permet sans doute de mettre une chair assez abondante autour du squelette que représente le seul texte de la Constitution de 1958. Mais ce corps ne peut prendre vie dans l'esprit du lecteur qu'après une immersion dans la doctrine constitutionnelle, les écrits polémiques des partisans et adversaires du régime, et les mémoires des contemporains.

Pierre ISSALYS

Claude BOISCLAIR, **Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?** Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1978, 204 pp. [ISSN 0317-9656].

Dans ce livre — fort intéressant — l'auteur se propose de faire l'analyse juridique de la garde de l'enfant, en discutant les solutions retenues à partir, non seulement du strict fondement juridique, mais également et, surtout, des droits et besoins psychologiques et psychosociaux de l'enfant. C'est là que réside le grand intérêt de ce livre: avec une ouverture marquée sur les sciences connexes (mais indispensables en la matière si le but visé est véritablement l'intérêt de l'enfant) il indique en ce domaine une direction nouvelle dans laquelle on se doit d'aller lorsque l'on entend faire primer — ainsi qu'on le prétend — l'intérêt de l'enfant, ou même simplement lui accorder des droits.

L'ouvrage se compose de trois grandes parties: la première consacrée à l'appréciation générale de l'intérêt de l'enfant en matière de garde, la deuxième à l'étude des critères particuliers pour en décider, et la troisième à l'étude d'une meilleure protection des droits de l'enfant en la matière.

Dans la première partie, l'auteur étudie d'abord les relations entre le droit de garde et l'autorité parentale puis les causes pouvant faire échec au droit de garde; la conception temporaire de la garde de l'enfant; enfin, les propositions de l'O.R.C.C.

Après avoir indiqué que l'intégration juridique de l'enfant à sa famille se fonde sur les liens du sang, il souligne qu'il existe une présomption tacite selon laquelle l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui de ses parents, ceux-ci étant dès lors présumés capables de s'en occuper et de le protéger; cette présomption est considérée comme si forte par certains arrêts qu'elle arrive à faire traiter les enfants comme une véritable propriété biologique de leurs parents.

L'auteur souligne alors l'illogisme d'une telle présomption lorsque la vie de l'enfant est perturbée par ceux-là mêmes qui doivent le protéger et l'absence réelle de considération de l'enfant, lorsque l'on maintient les droits des parents au seul motif qu'ils ont continué à participer financièrement à son entretien, critère très largement insuffisant à l'égard de ses véritables besoins. À

cette approche il préfère celle selon laquelle la garde d'un enfant se mérite et où l'autorité parentale n'aurait pas d'existence propre ; l'intérêt réel de l'enfant mène à créer une présomption de bien-être pour celui-ci dans le lieu où il vit habituellement.

Puis il aborde la question de la conception temporaire de la garde de l'enfant, conception qui est généralisée dans le monde juridique, alors qu'elle est en complète contradiction avec les notions du temps et de la continuité chez l'enfant et son incapacité à comprendre l'absence de son gardien.

Enfin, il apprécie les propositions de l'O.R.C.C. en fonction des notions dégagées précédemment ; malgré le progrès réalisé par rapport aux textes actuels, ceux proposés ne sont pas suffisamment précis pour éviter que l'intérêt de l'enfant ne soit réduit à de simples considérations matérielles en l'absence de connaissances psychologiques des juges et avocats.

Dans la deuxième partie, sont présentés, étudiés et critiqués les divers critères particuliers utilisés par la jurisprudence et leur valeur pour établir une décision réellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Il ressort de cette étude que ces critères se révèlent arbitraires et inadéquats en regard des connaissances psychologiques que l'on possède maintenant sur l'enfant — soit en ce qu'on le traite comme un objet de droit plus que comme un véritable sujet de droit, soit que les décisions prises sous-entendent une ou des modifications postérieures dans l'attribution de la garde (modification toujours néfaste à l'enfant).

Puis l'auteur montre que les textes proposés par l'O.R.C.C., soit qu'ils manquent de précision, soit qu'ils réfèrent aux guides et critères dégagés antérieurement par la jurisprudence, ne peuvent assurer une modification valable et véritable des critères actuellement utilisés par les tribunaux.

Enfin, dans la dernière partie, l'auteur essaie de déterminer les moyens de protéger la continuité des besoins psychologiques de

l'enfant. Il montre tout d'abord que seule la notion de « parent psychologique » peut répondre à cette fin et respecter réellement l'enfant tout en évitant les modifications fréquentes basées sur les autres critères actuellement utilisés. Il dégage des présomptions et des guides pouvant servir à déterminer le parent psychologique.

Puis il se penche sur les moyens les plus adéquats pour parvenir à une solution satisfaisante : il recherche alors quelle est la meilleure manière d'assurer une consultation adéquate de l'enfant en se prononçant très nettement pour le recours à une expertise psychosociale ou psychiatrique non contradictoire, mais pouvant faire l'objet d'un contre-interrogatoire ; il présente ensuite l'intérêt d'assurer une représentation de l'enfant indépendante de celle de ses parents, avant de parler du rôle que devrait avoir le juge dans une telle matière. Ce rôle, il estime qu'il devrait être très nettement inquisitoire, vu l'importance de la question et l'aspect partisan et partial des positions des parents.

Enfin, l'auteur analyse les propositions de l'O.R.C.C. qu'il trouve, là aussi, trop peu protectrices de l'enfant.

Dans la conclusion générale, l'auteur rappelle brièvement les éléments qu'il a dégagés ; ainsi qu'il le souligne, engager la discussion sur les droits des parents et sur les circonstances ayant justifié l'abandon psychologique de l'enfant, c'est fausser le débat puisque c'est regarder des éléments qui n'ont que peu ou pas d'importance pour l'intérêt réel de l'enfant qui est avant tout un besoin de stabilité et de sécurité psychologique.

Privilégiant à très juste titre les besoins psychologiques de l'enfant, l'auteur en conclut que la notion d'entretien ne devrait pas suffire à conserver l'autorité parentale et que le manque d'intérêt est en fait suffisant pour considérer l'enfant comme abandonné : « en se bornant à payer les frais d'entretien pour laisser à d'autres le soin de répondre aux besoins de l'enfant, qui débordent ce seul aspect matériel, ils

(les parents) abdiquent implicitement leur rôle fondamental auprès de leur enfant », situation qui, hélas, est loin de se retrouver dans les seuls cas concernant la garde d'un enfant qui a été placé chez des tiers. Cette conception — tout à fait réaliste et exacte du point de vue psychologique, aussi bien d'ailleurs pour le parent que pour l'enfant — si elle était privilégiée devant les tribunaux ne pourrait, nous semble-t-il, que contribuer dans la société tout entière à donner une portée beaucoup plus réaliste et responsable au rôle de parent, et faire prendre conscience d'une manière de plus en plus répandue et généralisée que le seul *soin matériel* ne saurait être suffisant. Cette situation est malheureusement trop courante, et est loin de se retrouver dans les seuls cas où la garde d'un enfant est débattue et où celui-ci est placé chez des tiers (avec l'impact alors, combien grave, que l'enfant n'a même pas alors de milieu psychologique auquel se rattacher).

Nous ne pouvons que féliciter l'auteur pour avoir su donner la dimension humaine indispensable à un tel sujet. Plus qu'une simple réflexion, il apporte également des éléments de connaissance fondamentaux relatifs aux besoins affectifs des enfants et que les adultes oublient trop souvent. À une époque où l'on entend protéger les « droits » des enfants, un tel livre nous semble indispensable en ce qu'il a l'avantage de venir souligner que les droits (ou les besoins, ce qui est encore plus grave) d'un enfant ne peuvent être évalués en s'attachant au seul sens strict et traditionnel de ce terme, à peine de voir leur objet vidé de ce qui est l'essentiel pour un enfant : sa vie de tous les jours, ses affections et — ce qui est plus important encore — ses besoins.

Ce livre nous semble fondamental et d'une grande richesse humaine en même temps qu'un élément de réflexion stimulant sur le strict plan juridique. Les tribunaux ne sont pas sans l'avoir compris puisque plusieurs arrêts ont déjà appuyé certains de leurs motifs sur lui.

Et pour les enfants — dont l'intérêt est encore trop souvent oublié — on ne peut

qu'espérer que la ligne tracée sera de plus en plus suivie et développée aussi bien devant les tribunaux que dans la vie de tous les jours.

M.D. CASTELLI

Jacques MESTRE, **La subrogation personnelle**, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, 761 pages, [ISBN 2-275-01187-0].

Institution classique s'il en est une, la subrogation personnelle jouit encore d'une réputation de complexité. La doctrine du 19^e siècle s'y est beaucoup intéressée alors que la doctrine moderne l'ignore presque, en dépit du fait que le législateur en consacre de nouvelles applications — que l'on songe ici à la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* qui s'est greffée à la *Loi sur les accidents du travail*, à la *Loi sur l'assurance automobile* qui a remplacé la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles*, à la *Loi sur l'assurance-maladie*, à la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, à la *Loi sur l'aide sociale* et à la nouvelle *Loi sur les assurances* — et en dépit aussi des nombreux litiges auxquels elle a donné lieu — on se rappellera ici quelques décisions célèbres qui ont fait suite à des indemnisations par la Commission des accidents du travail : *Active Cartage v. C.A.T.*, [1967] B.R. 399; *Canadian Pacific Railway Company v. Domingue et Choinière*, [1972] C.A. 316; *Brinks' Express Company Canada Ltd. v. Plaisance et Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 640; *Veilleux v. Abitibi Paper Company Ltd. et C.A.T.*, [1978] 2 R.C.S. 852. Le traité de M. Mestre, publié en France, comble cette lacune et sera un outil de grande valeur même pour le juriste québécois.

Dans cet ouvrage volumineux de 761 pages, l'auteur recherche si la conception classique de la subrogation personnelle présentée par la doctrine du 19^e siècle comme une exception au principe de l'effet extinctif du paiement doit être reprise