

Irene Helen Young *Appellant*

v.

James Kam Chen Young *Respondent*

and

W. Glen How *Respondent*

and

**Watch Tower Bible and Tract Society of
Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec, the Attorney General of
Manitoba, the Attorney General of British
Columbia, the Law Society of British
Columbia and the Seventh-day Adventist
Church in Canada** *Interveners*

INDEXED AS: YOUNG v. YOUNG

File No.: 22227.

1993: January 25, 26; 1993: October 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Family law — Custody — Access — Best interests of
the child — Access parent insisting on instructing chil-
dren on religion — Custodial parent and children
objecting to religious instruction — Court ordering that
access parent discontinue religious activities with chil-
dren — Scope of “best interests of the child” — Whether
or not “best interests of the child” equivalent of absence
of harm — Whether or not restriction on access in best
interests of the children.*

*Family law — Children — Best interests of the child
— Access parent insisting on instructing children on
religion — Custodial parent and children objecting to*

Irene Helen Young *Appelante*

c.

^a **James Kam Chen Young** *Intimé*

et

^b **W. Glen How** *Intimé*

et

^c **Watch Tower Bible and Tract Society of
Canada** *Intimée*

et

^d **Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général du Manitoba, le procureur général
de la Colombie-Britannique, la Law Society
of British Columbia et l'Église adventiste du
septième jour au Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: YOUNG c. YOUNG

^f N° du greffe: 22227.

1993: 25, 26 janvier; 1993: 21 octobre.

^g Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Droit de la famille — Garde — Droit d'accès — Inté-
rêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant
pour donner un enseignement religieux aux enfants —
Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'ensei-
gnement religieux — Ordonnance de la cour interdisant
au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses
enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de
l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équi-
vaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du
droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?*

*Droit de la famille — Enfants — Intérêt de l'enfant —
Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un
enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la*

religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of “best interests of the child” — Whether or not “best interests of the child” equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

Family law — Property and financial awards — Lump sum payment — Family debts — Principles governing reallocation of property.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Divorce Act requiring that orders concerning children only take into account “the best interests of the child” — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Whether or not access restriction infringing freedom of religion — Whether or not access restriction infringing freedom of expression — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 17(5) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a), (b).

Courts — Costs — Principles governing awards of costs on solicitor-client basis.

Torts — Maintenance — Religious society carrying cost of action — Common religious action — Whether or not tort of maintenance.

Appellant's and respondent's separation was marked by a protracted series of court battles. Appellant was awarded custody of the couple's three daughters and respondent was granted access subject to court imposed restrictions arising from appellant's objection to his religious activity with the children. Respondent was ordered not to discuss the Jehovah's Witness religion with the children, take them to any religious services, canvassing or meetings, or expose them to religious discussions with third parties without appellant's prior consent. Organized religion was not important to appellant although she wanted the children to be raised within the United Church.

The two older daughters liked their father but came to dislike his religious instruction to the extent that it was

garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?

Droit de la famille — Prestation sous forme de biens et d'argent — Prestation sous forme de capital — Dettes familiales — Principes régissant une nouvelle répartition des biens.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — La Loi sur le divorce prévoit que les ordonnances concernant les enfants ne doivent tenir compte que de «l'intérêt de l'enfant» — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté de religion? — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté d'expression? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), 17(5) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), b).

Tribunaux — Dépens — Principes régissant l'attribution des dépens comme entre procureur et client.

Responsabilité délictuelle — Pension alimentaire — Société religieuse supportant les frais de l'action — Action religieuse commune — Y a-t-il eu soutien délictueux?

La séparation de l'appelante et de l'intimé a été marquée par une longue série de batailles judiciaires. La garde des trois filles du couple a été confiée à l'appelante et un droit d'accès a été accordé à l'intimé, sous réserve de certaines restrictions imposées par la cour en raison de l'opposition de l'appelante aux activités religieuses de l'intimé avec les enfants. Celui-ci devait s'abstenir de discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, de les amener à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, ou de les mêler à des débats religieux avec des tierces personnes sans le consentement préalable de l'appelante. La religion organisée n'était pas importante pour l'appelante, même si elle voulait que ses enfants soient élevés dans la foi de l'Église unie.

Les deux aînées aimaient leur père mais elles se sont mises à détester son enseignement religieux au point

damaging his relationship with them and was contributing to the stress the children were experiencing in adjusting to their parents' separation.

The trial judge also made orders for the distribution of property and for costs. The respondent's interest in the matrimonial home was ordered transferred to the appellant because any remaining interest in the house, after respondent paid what was already owing to appellant, was to be transferred in the form of lump sum maintenance. Respondent was found responsible for debts incurred by the appellant for the support of herself and the children pending maintenance and for a debt made to a family corporation. Costs were awarded on a solicitor-client basis against respondent, his lawyer and a religious society not a party to the proceedings.

Respondent appealed. The Court of Appeal set aside the limitations on religious discussion and attendance, on the ground that it was in the best interests of the children that they come to know their non-custodial parent fully, including his religious beliefs, unless the evidence established the existence of or the potential for real harm or the child did not consent to being subject to the access parent's views or practices. The Court of Appeal also altered the division of property and the awards of costs made by the trial judge. Appellant appealed these rulings to this Court.

Four constitutional questions queried (1) whether ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* (requiring that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child") denied the *Charter* guarantees of freedom of religion, of expression and of association (s. 2(a), (b), and (d)), and if so, (2) were they justified under s. 1; (3) whether ss. 16(8) and 17(5) violated the equality guarantee of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (s. 15(1)), and (4) if so, were they justified under s. 1. The Court considered the requirements of the "best interests of the child" and whether this standard infringed the guarantees of freedom of religion and expression under the *Charter*. A main consideration was unrestricted access by a non-custodial parent and the conditions necessary to curtail that access.

que cela a altéré les relations qu'il avait avec elles et a contribué au stress que l'adaptation à la séparation de leurs parents leur a fait subir.

a Le juge de première instance a également rendu des ordonnances relatives à la répartition des biens et aux dépens. Elle a ordonné que les droits de l'intimé sur le foyer conjugal soient transférés à l'appelante parce que tous les droits résiduels sur la maison, après paiement b par l'intimé de ce qu'il devait déjà à l'appelante, devaient être transférés sous forme de capital. L'intimé a été tenu responsable des dettes contractées par l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants en attendant le versement d'une pension alimentaire et d'une dette contractée envers une société familiale. Les dépens comme entre procureur et client ont été accordés contre l'intimé, son avocat et une société religieuse qui n'avait pas été constituée partie à l'instance.

d L'intimé a interjeté appel. La Cour d'appel a annulé les restrictions visant les discussions religieuses et la participation à des activités religieuses pour le motif qu'il est dans l'intérêt des enfants d'apprendre à connaître pleinement celui de leurs parents qui n'en a pas la garde, ce qui comprend ses croyances religieuses, à moins que la preuve n'établisse l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel pour l'enfant ou le non-consentement de celui-ci à être ainsi exposé aux opinions et aux pratiques du parent ayant le droit d'accès. La Cour e f d'appel a également modifié le partage des biens et les dépens ordonnés par le juge de première instance. L'appelante s'est pourvue de ces décisions devant notre Cour.

g Quatre questions constitutionnelles ont été soulevées, à savoir (1) si les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* (qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant») portent atteinte aux libertés de religion, d'expression et d'association garanties par la *Charte* (al. 2a), b) et d)), et, dans l'affirmative, (2) s'ils sont justifiés par l'article premier; (3) si les par. 16(8) et 17(5) violent les garanties d'égalité énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 15(1)), et, dans l'affirmative, (4) s'ils sont justifiés par l'article premier. La Cour a examiné les exigences du critère de «l'intérêt de l'enfant» ainsi que la question de savoir si ce critère viole les libertés de religion et d'expression garanties par la *Charte*. Elle a aussi étudié l'élément important que constitue le droit d'accès sans restriction du parent qui n'a pas la garde et les conditions nécessaires pour restreindre ce droit d'accès.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting in the result):
The appeal should be allowed in part.

The issues should be decided as follows:

1. The test regarding access is the best interests of the child (L'Heureux-Dubé J., La Forest and Gonthier JJ., and Iacobucci and Cory JJ.). McLachlin J. suggests that in cases such as this harm is usually an important element in determining the best interests of the child. Sopinka J. would recognize a threshold element of harm.

2. Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* do not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the *Charter*. L'Heureux-Dubé J. (and La Forest and Gonthier JJ.) found the *Charter* to be inapplicable. McLachlin J. found the impugned legislation did not violate the *Charter*. Cory and Iacobucci JJ. agreed that there was no *Charter* violation. Sopinka J. found that the *Charter* applied and could only be overridden in limited circumstances.

3. The restrictions on access should be removed (L'Heureux-Dubé J. and La Forest and Gonthier JJ. dissenting).

4. The judgment dealing with property and financial matters and the award of costs should be varied (L'Heureux-Dubé J. dissenting).

Best Interest of the Child, Charter Considerations and Access

Per L'Heureux-Dubé J.: The power of the custodial parent is not a "right" with independent value granted by courts for the benefit of the parent. Rather, the child has a right to a parent who will look after his or her best interests and the custodial parent a duty to ensure, protect and promote the child's best interests. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day-to-day life and long-term well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. The non-custodial parent retains certain residual rights over the child as one of his or her two natural guardians.

Child placement decisions should safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the

Arrêt (Le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au résultat): Le pourvoi est accueilli en partie.

Les questions sont tranchées de la façon suivante:

1. Le critère relatif à l'accès est l'intérêt de l'enfant (le juge L'Heureux-Dubé, les juges La Forest et Gonthier et les juges Iacobucci et Cory). Selon le juge McLachlin, dans les cas comme la présente affaire, le préjudice est habituellement un élément important pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Le juge Sopinka est d'avis de reconnaître un élément préliminaire de préjudice.

2. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la *Charte*. Selon le juge L'Heureux-Dubé (et les juges La Forest et Gonthier) la *Charte* ne s'applique pas. Le juge McLachlin est d'avis que les dispositions législatives contestées ne violent pas la *Charte*. Les juges Cory et Iacobucci sont d'accord pour dire qu'il n'y a pas eu de violation de la *Charte*. Le juge Sopinka conclut que la *Charte* s'applique et que l'on ne peut y passer outre que dans des circonstances restreintes.

3. Il y a lieu d'abolir les restrictions à l'accès (le juge L'Heureux-Dubé et les juges La Forest et Gonthier sont dissidents).

4. Le jugement relatif aux biens et aux questions financières et à l'attribution des dépens doit être modifié (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente).

L'intérêt de l'enfant, les considérations relatives à la Charte et le droit d'accès

Le juge L'Heureux-Dubé: Le pouvoir du parent gardien n'est pas un «droit» qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage. En fait, l'enfant a le droit d'avoir un parent qui voit à son intérêt et le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. Le parent qui n'a pas la garde conserve certains droits résiduels sur l'enfant, en tant que l'un de ses deux tuteurs naturels.

Les décisions relatives au placement de l'enfant doivent voir à satisfaire le besoin de continuité de la rela-

child's (not the adult's) sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions. This need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent. A custody award is a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. Courts cannot make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must presume that that parent will act in the best interests of the child.

Decisions are made according to the best interests of the child without the benefit of a presumption in favour of either parent. The Act envisages contact between the child and each of his or her parents as a worthy goal which should be in the best interests of the child. Maximum contact, however, is not an unbridled objective and must be curtailed wherever the welfare of the child requires it.

The right to access is limited in scope and is conditioned and governed by the best interests of the child. The legislation makes it quite explicit that only the best interests of the child as it is comprehensively understood should be considered in custody and access orders. The role of the access parent is that of a very interested observer, giving love and support to the child in the background. He or she has the right to know but not the right to be consulted. Access rights recognize that the best interests of the child normally require that the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation be continued and fostered. The right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent.

As the ultimate goal of access is the continuation of a relationship which is of significance and support to the child, access must be crafted to preserve and promote that which is healthy and helpful in that relationship so that it may survive to achieve its purpose. Sources of ongoing conflict which threaten to damage or prevent the continuation of a meaningful relationship should be removed or mitigated. Notwithstanding a general con-

tion de l'enfant, refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte et tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et les limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme. Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde. En matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. Les tribunaux ne sont pas en mesure de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Les tribunaux fondent leurs décisions sur le meilleur intérêt de l'enfant, sans faire jouer de présomption en faveur d'un parent. La Loi fait du maintien du contact entre l'enfant et chacun de ses parents un objectif louable qui doit favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Le contact maximum n'est toutefois pas un objectif absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige.

Le droit d'accès a une portée limitée et il est conditionné et régi par le meilleur intérêt de l'enfant. Il ressort très clairement des textes législatifs que les ordonnances de garde et d'accès doivent tenir compte uniquement du meilleur intérêt de l'enfant, pris au sens large. Le rôle du parent ayant un droit d'accès est celui d'un observateur très intéressé, donnant amour et appui à l'enfant dans l'ombre. Il a le droit de se faire donner des renseignements, mais non le droit d'être consulté. Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent.

Le droit d'accès ayant comme objet ultime la poursuite d'une relation enrichissante pour l'enfant, l'accès doit être conçu de façon à préserver et à promouvoir les éléments sains et utiles de cette relation de façon à atteindre ce but. Il est par conséquent nécessaire d'éliminer ou d'atténuer les sources répétées de conflit susceptibles de nuire à une relation valable ou d'en empêcher la poursuite. Malgré les préoccupations générales

cern about the vulnerability of access rights to the caprices of a vengeful custodial parent, courts should not be too quick to presume that the access concerns of the custodial parent are unrelated to the best interests of the child. Courts should also not be blind to issues, such as financial support, which form part of the broader context in which these rights are exercised. The access parent has no obligation to exercise those rights and cannot be forced to comply with such an order even if that contact has been determined to be in the child's best interest.

Where there is a genuine problem with access, the non-custodial parent is not without recourse in any case. This stems from the statutory directive to facilitate access where it is in the child's best interests and the role of the judge as the arbiter of those interests in the case of a dispute between the parents. Generally, courts will grant liberal access to the non-custodial parent and usually this is consistent with the best interests of the child. Parents will also normally respect their children's wishes and best interests with regard to access. When disagreements between parents do reach the courts, the judge must always draw the line in favour of the best interests of the child, from a child-centred perspective.

The best interests of the child cannot be equated with the mere absence of harm: it encompasses a myriad of considerations. Courts must attempt to balance such considerations as the age, physical and emotional constitution and psychology of both the child and his or her parents and the particular milieu in which the child will live. One of the most significant factors in many cases will be the relationship that the child entertains with his or her parents. Since custody and access decisions are pre-eminently exercised in discretion, the wide latitude under the best interests test permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child. What may constitute stressful or damaging circumstances for one child may not necessarily have the same effect on another.

The most common presumption now governing the best interests test is the primary caregiver presumption. It explicitly restores the values of commitment and demonstrated ability to nurture the child and recognizes the obligations and supports the authority of the parent engaged in day to day tasks of childrearing.

The order of the trial judge is not subject to the *Charter*. Even if it were, the best interests test is nevertheless

sur la vulnérabilité des droits d'accès devant les caprices d'un parent gardien vengeur, les tribunaux ne devraient pas présumer trop rapidement que les craintes du parent chargé de la garde ne sont pas liées à l'intérêt de l'enfant. En outre, les tribunaux ne devraient pas fermer les yeux sur les questions, comme l'aide financière, qui forment le contexte global dans lequel s'exercent ces droits. Le parent à qui sont consentis des droits d'accès n'a aucune obligation d'exercer ces droits, et personne ne peut le forcer à se conformer à une telle ordonnance, même si l'on a jugé qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant.

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qui vise à faciliter l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Toutefois, lorsque des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, le juge doit toujours tracer la ligne dans le meilleur intérêt de l'enfant et dans la perspective de l'enfant.

Le meilleur intérêt de l'enfant et la simple absence de préjudice ne sont pas des notions équivalentes. L'intérêt de l'enfant suppose une myriade de considérations. Les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. L'un des facteurs les plus importants sera, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. Puisque les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une influence à la fois positive et négative. Ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour un enfant ne l'est pas nécessairement pour l'autre.

La présomption la plus commune qui encadre maintenant le critère de l'intérêt de l'enfant est celle du principal pourvoyeur de soins. Elle rétablit explicitement les valeurs d'engagement et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant et elle reconnaît les obligations et appuie l'autorité du parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant.

L'ordonnance du juge de première instance n'est pas assujettie à la *Charte*. Même si elle l'était, le critère du

value neutral and does not, on its face, violate any *Charter* right. Its objective, the protection of a vulnerable segment of society, is completely consonant with the *Charter's* values. Broad judicial discretion is crucial to the proper implementation of the legislative objective of securing the best interests of the child. Such discretion in a legislative provision does not of itself give rise to an inference of *Charter* infringement. It cannot be considered in the absence of an examination of the legislative objectives and must be rationally tied to those objectives.

The standard for finding a legislative provision unconstitutional because of vagueness is high. The provisions need only permit the framing of an intelligible legal debate with respect to the objectives contained in the legislation. The best interests test is not so uncertain as to be incapable of guiding a consideration of the factors relevant to custody and access determinations. The fact that it must be applied to the facts of each case does not militate in favour of its unconstitutionality.

The vagueness of a legislative provision cannot be examined in the abstract but must be considered within the context of the particular legislative objectives in question, bearing in mind that some objectives will require a panoply of judicial remedies for their meaningful fulfilment. Among the factors with which courts should be concerned when the vagueness of a law is at issue are: (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist.

The custodial parent need not show harm in order to restrict access to the children by the non-custodial parent. There is no rationale for defining the best interests of the child with the absence of harm. Nothing in the Act mandates or even suggests that "real danger of significant harm to the child" be the sole consideration in matters of custody and access. Indeed, the harm test would require courts to ignore the very factors which are set out in the Act and, invert the basic focus of the inquiry into custody and access. The welfare of children is put at considerable risk if the prospect of harm becomes the sole prerequisite for restrictions on access. The best interests of the child is not simply the right to

meilleur intérêt de l'enfant a néanmoins une valeur neutre et il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. Son objectif, la protection d'un segment vulnérable de la société, correspond tout à fait aux valeurs de la *Charte*. L'existence d'un large pouvoir discrétionnaire est essentielle à la mise en œuvre adéquate de l'objectif législatif de protéger l'intérêt de l'enfant. Le simple fait qu'une disposition législative confère ce pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à conclure qu'il y a atteinte à la *Charte*. On ne peut analyser le pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et sa présence doit se rattacher rationnellement à ces objectifs.

Le seuil au-delà duquel il y a inconstitutionnalité pour imprécision d'une disposition législative est élevé. Les dispositions doivent uniquement permettre la tenue d'un débat judiciaire intelligible eu égard aux objectifs visés par la loi. Le critère de l'intérêt de l'enfant n'est pas à ce point incertain qu'il ne donne aucune indication susceptible d'éclairer l'examen des facteurs pertinents aux fins de la prise d'une décision en matière de garde et d'accès. La nécessité d'appliquer le critère aux faits particuliers de chaque espèce ne constitue pas un argument en faveur de son inconstitutionnalité.

L'imprécision d'une disposition législative ne peut s'apprécier dans l'abstrait, mais bien au regard des objectifs législatifs particuliers en cause, en tenant compte que, pour atteindre certains de ces objectifs, il faudra recourir à une panoplie de remèdes judiciaires. Au nombre des facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération lorsqu'est soulevée la question de l'imprécision d'une règle de droit, figurent les suivants: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations, qui peuvent même coexister.

Le parent gardien n'est pas tenu d'établir un préjudice caractérisé pour restreindre le droit d'accès du parent non gardien. Aucune justification ne définit l'intérêt de l'enfant comme une notion équivalente à l'absence de préjudice. Il n'y a rien dans la Loi qui oblige ou même propose que la présence d'un «danger réel de préjudice important pour l'enfant» soit l'unique facteur à prendre en considération en matière de garde et d'accès. Au contraire, l'adoption du critère du préjudice caractérisé exigerait que les tribunaux ne tiennent aucun compte des facteurs mêmes qui sont énumérés dans la Loi et déplacent le foyer central de l'analyse en matière de garde et d'accès. Le bien-être des enfants est gravement compro-

be free of demonstrable harm; it is the positive right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. The harm test cannot meet the legal system's primary goal in divorce situations — minimizing the adverse effects of children. This goal requires a vision of the best interests of the child that is more than neutral to the conditions under which custody and access occur. Judges must exercise their discretion to prevent harm to the child rather than merely identify or establish its presence after the damage is done.

Expert evidence should not be routinely required to establish the best interests of the child. Expert testimony, while helpful in some circumstances, is often inconclusive and contradictory because such assessments are both speculative and may be affected by the professional values and biases of the assessors themselves. Experts are not always better placed than parents to assess the needs of the child. The person involved in day to day care may observe changes in the child that could go unnoticed by anyone else and normally has the best vantage point from which to assess the interests of the child. The custodial parent, therefore, will often provide the most reliable and complete source of information to the judge on the needs and interests of that child. The importance of the evidence of children in custody and access disputes, too, must be emphasized.

Restrictions on access do not necessarily prevent children from coming to know their parents in meaningful ways. Interpreting the goal of maximum contact as requiring unrestricted access may defeat the Act's objective if the pre-eminence of unlimited "knowledge" results in the ultimate destruction of the relationship. In this case, the purpose of the restrictions was to ensure that the children will continue to know their father "at all".

Freedom of religion and freedom of expression are public in nature and encompass the freedom of the individual from state compulsion or restraints. The state's role in custody and access decisions does not transform the essentially private character of parent-child interchanges into activity subject to *Charter* scrutiny.

mis si la perspective d'un préjudice caractérisé devient le seul prérequis pour limiter le droit d'accès. L'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. Le critère du préjudice caractérisé ne permet pas d'atteindre l'objectif primordial du système juridique régissant le divorce, soit la minimisation des effets négatifs sur les enfants. Il faut, pour y parvenir, une vision de l'intérêt de l'enfant qui aille au-delà de la neutralité devant les conditions dans lesquelles s'effectuent la garde et l'accès. Les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le but de prévenir le préjudice, au lieu de se borner à simplement l'identifier ou à établir sa présence après que le dommage est fait.

Le recours à l'opinion d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne devrait pas devenir une exigence courante. Les témoignages d'experts, bien qu'utiles dans certaines circonstances, sont souvent non déterminants et contradictoires étant donné le caractère spéculatif de ces expertises et la possibilité qu'elles soient influencées par les valeurs et les préjugés professionnels des experts eux-mêmes. Les experts ne sont pas toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. La personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer chez ce dernier des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus et elle est normalement la mieux placée pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien sera donc souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de cet enfant. Il importe de souligner également l'importance du témoignage des enfants dans les litiges concernant la garde et l'accès.

L'imposition de restrictions au droit d'accès n'empêche pas nécessairement les enfants d'acquérir une connaissance significative de leurs parents. Interpréter l'objectif du maximum de contact de manière à exiger un droit d'accès sans restrictions pourrait aller à l'encontre de l'objet de la Loi si la prééminence de la «connaissance» sans entrave aboutit à la destruction ultime de la relation. Dans la présente affaire, le but des restrictions était de veiller à ce que les enfants continuent «quand même» à connaître leur père.

Les libertés de religion et d'expression ont un caractère public et elles englobent la liberté de l'individu contre la coercition ou les contraintes de l'État. Le fait que l'État joue un rôle dans les décisions relatives à la garde et à l'accès en encadrant l'interaction parent-enfant ne transforme pas le caractère essentiellement privé de ces

Legitimate questions may arise about the role of the state, and hence the application of the *Charter* in regulating other aspects of family law. A valid purpose can hardly be served, however, by importing the discourse of freedom of expression and religion into orders made in the resolution of custody and access disputes. Once the best interests test itself has been found to accord with *Charter* values, the trial judge's order itself is not subject to further constitutional review, as the necessary state infringement of religious rights required to sustain a *Charter* challenge is not present. The principles enunciated in *Dolphin Delivery* apply as custody and access matters are essentially private in nature and there exists no state action to be impugned.

Decisions regarding custody and access must not be based on the parents' faith. The religion of the parties, however, may be relevant as one of the circumstances to be assessed in the determination of the best interests of the child. Where there is conflict over religion, the court is not engaged in adjudicating a "war of religion" and the religious beliefs of the parties themselves are not on trial. Rather, it is the manner in which such beliefs are practised together with the impact and effect they have on the child which must be considered. In all cases where the effects of religious practices are at issue, the best interests of the child must prevail.

Ordinarily, the exposure of a child to different religions or beliefs may be of value to the child. Where religion becomes a source of conflict between the parents or is the very cause of the marriage breakdown, it is generally not in the best interests of the child and may in some circumstances be very detrimental for the child to be drawn into the controversy over religious matters. Where there is conflict over religion, courts must secure the longstanding authority of the custodial parent to make decisions over religious activities. This ensures that stress occasioned by such issues does not become a continuing and ultimately destructive feature in the life of the child after divorce.

Freedom of religion is not an absolute value. Here, powerful competing interests must also be recognized, not the least of which, in addition to the best interests of the children, are the freedoms of expression and religion of the children themselves.

échanges en une activité susceptible d'être soumise à l'examen de la *Charte*. Des questions peuvent légitimement se poser à propos du rôle de l'État, et donc de l'application de la *Charte*, dans la réglementation d'autres aspects du droit de la famille. Il est toutefois difficile d'imaginer à quel objet valide il servirait d'appliquer le discours de la liberté de religion et d'expression aux ordonnances rendues dans le règlement des litiges entourant la garde et l'accès. Une fois confirmée la compatibilité du critère de l'intérêt de l'enfant avec les valeurs consacrées par la *Charte*, l'ordonnance du juge de première instance échappe elle-même à tout autre contrôle constitutionnel puisque l'atteinte étatique aux droits religieux, condition préalable à une attaque fondée sur la *Charte*, n'existe plus. Les principes énoncés dans l'arrêt *Dolphin Delivery* s'appliquent étant donné que les questions de garde et d'accès sont de nature essentiellement privée et que l'État n'a pris aucune mesure susceptible d'être attaquée.

Les décisions relatives à la garde et à l'accès ne doivent pas être fondées sur la foi des parents. Toutefois, la religion des parties peut être pertinente, en ce sens qu'elle peut constituer l'une des circonstances à prendre en considération aux fins de la détermination de l'intérêt de l'enfant. Dans les cas où la religion est l'objet d'un conflit, le tribunal n'est pas appelé à trancher une «guerre de religion» et les convictions religieuses des parties elles-mêmes ne sont pas en cause. C'est plutôt la façon dont ces convictions sont mises en pratique ainsi que les répercussions qu'elles ont sur l'enfant qui doivent être examinées. Dans tous les cas où les effets de pratiques religieuses sont en litige, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir.

Habituellement, exposer un enfant à différentes religions ou croyances peut lui être bénéfique. Lorsque la religion devient source de conflit entre les parents ou est la cause même de l'échec du mariage, il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant et il peut même, dans certaines circonstances, lui être très préjudiciable, d'être entraîné dans la controverse. Lorsqu'il existe un conflit à ce sujet, les tribunaux doivent préserver l'autorité bien établie du parent gardien quant aux décisions à l'égard des activités religieuses, de sorte que le stress qu'engendrent de telles questions ne devienne pas un élément permanent et potentiellement destructeur dans la vie de l'enfant après le divorce.

La liberté de religion n'est pas une valeur absolue. En l'espèce, il y a d'autres intérêts concurrents puissants qu'il faut reconnaître, dont les moindres ne sont pas, outre l'intérêt des enfants, les libertés d'expression et de religion des enfants elles-mêmes.

Respondent's religious beliefs and practices and his general rights of access were not threatened. The restrictions were aimed at reducing the area of conflict which had arisen on account of the respondent's behaviour with his children during access and the effects of that behaviour on their best interests. Much of the stress the children were experiencing was related to their resistance to becoming involved in their father's religious practices. The restrictions were to further the best interests of these children by removing the source of conflict, particularly as the ultimate purpose of the restrictions was to preserve the relationship between the respondent and his children. Evidence supported the conclusion that the respondent would not respect the wishes of the children without an order to do so.

Per La Forest and Gonthier JJ.: Agreement was expressed for the reasons of L'Heureux-Dubé J. holding that access be determined on the basis of what is in the best interests of the child and for her resolution of the constitutional issue.

Per Iacobucci and Cory JJ.: The best interests of the child standard does not violate in ss. 2(a), (b), (d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* substantially for the reasons given by L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. No opinion was expressed on the questions of whether a *Charter* infringement, if found, would be so trivial as not to warrant *Charter* protection and of whether or not the *Charter* applies to judicial orders made in custody or access proceedings.

For many of the reasons advanced by L'Heureux-Dubé J., access to children should be determined on the basis of what is in the best interests of the child. Expert evidence, while sometimes helpful, is not always necessary to establish the best interests of the child; that question can be determined normally from the evidence of parties themselves and the testimony, where appropriate, of the children concerned.

The matters of the children's attending religious services with the respondent and accompanying him on his proselytizing activities were resolved by the respondent's undertaking to respect his children's wishes in this regard. The order forbidding the respondent from discussing his religion was not supported by a proper application of the best interests of the child test. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations

Les croyances et pratiques religieuses de l'intimé et ses droits d'accès n'étaient pas généralement menacés. Les restrictions visaient plutôt à atténuer le conflit qu'avait engendré la conduite de l'intimé avec les enfants lors de l'exercice de son droit d'accès et l'incidence de ses pratiques sur l'intérêt des enfants. Le stress subi par ces dernières était en grande partie dû à la résistance qu'elles opposaient aux pratiques religieuses auxquelles leur père voulait les associer. Il était dans l'intérêt des enfants d'éliminer la source de conflit, compte tenu, en particulier, du fait que l'objectif ultime des restrictions était de préserver les liens entre l'intimé et ses enfants. Des éléments de preuve permettaient de conclure que l'intimé ne respecterait pas les désirs des enfants sans qu'une ordonnance soit prononcée à cette fin.

Les juges La Forest et Gonthier: L'opinion du juge L'Heureux-Dubé est acceptée quant à la conclusion que la question du droit d'accès doit être tranchée en fonction de l'intérêt de l'enfant et quant à la conclusion sur la question constitutionnelle.

Les juges Iacobucci et Cory: La norme de l'intérêt de l'enfant ne viole ni les al. 2(a), (b) et (d) ni l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en grande partie pour les motifs exposés par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Aucune opinion n'est exprimée quant à savoir, dans l'éventualité où l'on conclurait à une violation de la *Charte*, si une telle violation serait banale au point de ne pas mériter la protection de la *Charte* et si la *Charte* s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès.

Pour la plupart des motifs qu'expose le juge L'Heureux-Dubé, la question de l'accès auprès des enfants devrait être tranchée sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. Bien que parfois utile, la preuve d'expert n'est pas toujours nécessaire pour établir l'intérêt de l'enfant. Normalement, cette question peut être tranchée à partir des éléments de preuve présentés par les parties elles-mêmes et, lorsque cela est approprié, du témoignage des enfants concernés.

Les questions de l'assistance des enfants à des offices religieux avec l'intimé et de leur participation à ses visites de prosélytisme ont été réglées par l'engagement de l'intimé à respecter les désirs de ses enfants à cet égard. L'ordonnance qui interdit à l'intimé de discuter de sa religion n'est pas justifiée par une bonne application de la norme de l'intérêt de l'enfant. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou

between a parent and his or her child should only be rarely ordered.

Per McLachlin J.: The *Divorce Act* mandates that, on matters of access, the ultimate test in all cases is the best interest of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors, including the desirability of maximizing contact between the child and each parent if compatible with the best interests of the child. The custodial parent has no “right” to limit access. The judge must consider all factors relevant to determining what is in the child’s best interests. The risk of harm to the child, while not the ultimate legal test, may also be a factor to be considered. This is particularly so where the issue is the quality of access — what the access parent may say or do with the child. In such cases, it will generally be relevant to consider whether the conduct in question poses a risk of harm to the child which outweighs the benefits of a free and open relationship which permits the child to know the access parent as he or she is. The judge must act not on his or her personal views but on the evidence.

The legislative provision for the “best interests of the child” does not limit and therefore does not violate the *Charter* right to religious and expressive freedom. Religious expression not in the best interests of the child is not protected by the *Charter* because the guarantee of freedom of religion is not absolute and does not extend to religious activity which harms or interferes with the parallel rights of other people. Conduct not in the best interests of the child, even absent the risk of harm, amounts to an “injury” or intrusion on the rights of others and is clearly not protected by this *Charter* guarantee. “Injure” in this context is a broad concept. To deprive a child of what a court has found to be in his or her best interests is to “injure”, in the sense of not doing what is best for the child. A child’s vulnerability heightens the need for protection and any error should be made in favour of the child’s best interests and not in favour of the exercise of the alleged parental right. An additional factor which may come into play in the case of older children is the “parallel right” of others to hold and manifest beliefs and opinions of their own.

The ambit of freedom of expression is broader than that of freedom of conscience and religion because even harmful expression may be protected. Some forms of harmful expression, however, are not constitutionally protected: violence or threats of violence or a direct attack on the physical integrity and liberty of another. Criminal conduct is an indication, although not a con-

informels entre un parent et son enfant devrait être rarement ordonnée.

Le juge McLachlin: En matière de droit d’accès, la *Loi sur le divorce* exige que, dans tous les cas, le critère ultime soit l’intérêt de l’enfant. Il s’agit d’un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs, dont l’opportunité de maximiser les contacts entre l’enfant et chacun de ses parents si cela est compatible avec l’intérêt de l’enfant. Le parent gardien n’a aucun «droit» de limiter l’accès. Pour déterminer ce qui est dans l’intérêt de l’enfant, le juge doit prendre en considération tous les facteurs pertinents. Bien que le risque de préjudice ne soit pas le critère juridique ultime, il peut aussi s’agir d’un facteur à considérer. Cela est particulièrement vrai lorsque le litige porte sur la qualité de l’accès — ce que le parent peut faire avec l’enfant ou lui dire. En pareil cas, il sera généralement pertinent de voir si la conduite en cause comporte pour l’enfant un risque de préjudice supérieur aux effets bénéfiques que pourrait lui apporter une relation libre et ouverte lui permettant de connaître la personnalité véritable du parent exerçant un droit d’accès. Le juge ne doit pas fonder son jugement sur ses opinions personnelles, mais sur la preuve.

La disposition législative privilégiant «l’intérêt de l’enfant» ne limite pas et par conséquent ne viole pas les libertés de religion et d’expression. L’expression religieuse qui n’est pas dans l’intérêt de l’enfant n’est pas protégée par la *Charte* parce que la liberté de religion n’est pas absolue et ne s’étend pas à une activité qui porte atteinte aux propres droits d’autrui. La conduite qui n’est pas dans l’intérêt de l’enfant, même en l’absence de risque de préjudice, équivaut à une «lésion» des droits d’autrui ou à une intrusion dans ces droits et n’est évidemment pas protégée par cette garantie offerte par la *Charte*. Dans ce contexte, la «lésion» est une notion large. Priver un enfant de ce que le tribunal a jugé être dans son intérêt équivaut à le «léser», au sens où on ne fait pas ce qui est le mieux pour lui. La vulnérabilité de l’enfant renforce le besoin de protection, et toute erreur qui peut intervenir doit favoriser l’intérêt de l’enfant et non l’exercice du droit parental allégué. Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer, soit le «propre droit» des autres d’avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

La portée de la liberté d’expression est plus large que celle de la liberté de conscience et de religion parce que même l’expression préjudiciable peut être protégée. Certaines formes d’expressions préjudiciables ne sont toutefois pas protégées par la Constitution, telles la violence ou les menaces de violence, ou les atteintes directes à l’intégrité et à la liberté physiques d’une autre

clusive one, that expressive conduct is constitutionally unprotected.

A *prima facie* case for protection under the guarantee of freedom of expression can be made out here. The expression challenged does not take the form of the non-protected categories of expression. The harm done, if any, is of a psychological nature.

A purposive approach to *Charter* interpretation requires that associated rights — religious freedom and freedom of expression — be interpreted in a consistent and coherent manner. The ambit of a particular right or freedom, moreover, cannot be defined in the abstract but rather should be defined in the context of the particular activity in question.

The teaching of religious beliefs and practices to one's children, while it has an expressive aspect, is predominantly religious. In seeking to reconcile the rights of freedom of religion and freedom of expression in this context, it is the religious aspect which must dominate. Reading the two guarantees together, the limits of the guarantee of freedom of expression should govern in the context of religious instruction of children.

The custodial parent does not have the "right" to determine limits on access. The only question to be considered, where limitation of access is in issue, is what is in the best interests of the child. The custodial parent's obligation to make certain basic decisions as to how the child is educated (which may extend to religious matters) does not automatically mean that religious contacts with the access parent of a different faith are to be excluded. The failure of the child to consent to instruction on the part of the access parent does not necessarily preclude such instruction's being in the child's best interests.

The benefits which might enure to the children from coming to know their father as he was — as a devoutly religious man devoted to the Jehovah's Witness faith — were not considered at trial and no reference was made to Parliament's instruction that a child have as much contact with both parents as is compatible with his or her best interests. The question of whether there was any evidence of a risk of harm to the children which might offset the benefit of full access to their father's values, including those related to religion, was not adequately considered. While access may be limited in some circumstances on grounds unrelated to harm, where the

personne. La conduite criminelle est une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, que l'expression manifestée par la conduite n'est pas protégée par la Constitution.

a Une preuve *prima facie* de protection de la liberté d'expression peut être établie en l'espèce. L'expression contestée en l'espèce ne prend pas la forme des catégories d'expression non protégées. Le préjudice, si préjudice il y a, est de nature psychologique.

b L'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que les droits qui sont liés — en l'occurrence la liberté de religion et la liberté d'expression — reçoivent une interprétation compatible et cohérente. En outre, la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause.

c L'enseignement de croyances et de pratiques religieuses à ses enfants comporte certes un aspect expressif, mais son caractère religieux prédomine. Si l'on veut concilier les droits à la liberté de religion et à la liberté d'expression dans ce contexte, c'est l'aspect religieux qui doit l'emporter. Les deux garanties combinées, les limites apportées à la garantie de liberté d'expression devraient s'appliquer en matière d'éducation religieuse des enfants.

d Le parent gardien n'a pas le «droit» d'apporter des restrictions au droit d'accès. La seule question qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit de restrictions au droit d'accès est l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien a l'obligation de prendre certaines décisions fondamentales en matière d'éducation (susceptibles de toucher à des questions religieuses), mais cela ne signifie pas nécessairement l'exclusion des contacts à caractère religieux entre l'enfant et l'autre parent de confession différente. Le non-consentement de l'enfant à l'enseignement que lui prodigue le parent qui y a accès n'empêche pas nécessairement que cet enseignement soit dans son intérêt.

e h En première instance, on n'a pas pris en considération l'avantage que les enfants pourraient avoir à connaître leur père tel qu'il est, savoir un homme profondément religieux attaché à la foi des Témoins de Jehovah, et on n'a fait aucun renvoi à la directive du législateur que l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact compatible avec son propre intérêt. La question de savoir s'il y avait une preuve quelconque d'un risque de préjudice susceptible d'annihiler l'avantage pour les enfants d'avoir pleinement accès aux valeurs de leur père, dont ses valeurs religieuses, n'a pas été examinée adéquatement. Certes, dans certaines circonstances, le

issue is whether entirely lawful discussions and activities between the access parent and the child should be curtailed, the judge should enquire into whether the conduct poses a risk of harming the child. The evidence did not establish that harm was being caused to the children.

The order restricting respondent's access was unnecessary given his undertaking and the order enjoining him from preventing blood transfusions was unnecessary from a practical point of view. Parents should not make disparaging comments about the other parent's religion, but the matter might best be left to the parents' good sense.

Per Sopinka J.: While the "best interests of the child" test is the ultimate determination in deciding issues of custody and access, it must be reconciled with the *Charter*. General language in a statute which, in its breadth, potentially confers the power to override *Charter* values must be interpreted to respect those values. Here, the best interests test must be interpreted to allow the *Charter* right to freedom of religious expression to be overridden only if its exercise would occasion consequences that involve more than inconvenience, upset or disruption to the child and incidentally to the custodial parent.

The long-term value to a child of a meaningful relationship with both parents is a policy that is affirmed in the *Divorce Act*. Each parent, therefore, can engage in those activities which contribute to identify the parent for what he or she really is. The access parent is not expected to act out a part or assume a phony lifestyle during access periods. The policy favouring activities that promote a meaningful relationship is not displaced unless there is a substantial risk of harm to the child.

The best interests of a child are more aptly served by a law which recognizes the right of that child to a meaningful post-divorce relationship with both parents. The "rights" must be distributed between the custodial and the access parent so as to encourage such a relationship. The traditional notion of guardianship giving the custodial parent the absolute right to exercise full control over the child, even when the other parent is exercising his or her right of access, is at odds with this concept.

"Harm", in this context, connotes an adverse effect on the child's upbringing that is more than transitory. The impugned exercise by the access parent must be shown

droit d'accès peut être limité pour des motifs autres que le préjudice; dans les cas toutefois où la question porte sur l'opportunité de restreindre des discussions et des activités entièrement licites entre le parent ayant le droit d'accès et l'enfant, il incombe au juge de vérifier si la conduite fait courir à l'enfant le risque de subir un préjudice. Il n'a pas été établi en preuve que les enfants subissaient un préjudice.

L'ordonnance limitant le droit d'accès de l'intimé n'était pas nécessaire vu son engagement et l'ordonnance lui enjoignant de ne pas s'opposer à des transfusions sanguines était inutile en pratique. Les parents devraient s'abstenir de dénigrer la religion de l'autre, mais il pourrait être préférable de laisser la question à leur bon jugement.

Le juge Sopinka: Bien que le critère ultime dans les questions de garde et d'accès soit celui de «l'intérêt de l'enfant», celui-ci doit être conforme à la *Charte*. Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs. En l'espèce, l'interprétation du critère de l'intérêt doit permettre que la liberté d'expression religieuse garantie par la *Charte* ne soit écartée que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde.

La valeur à long terme que représente pour un enfant une relation valable avec ses parents est un principe confirmé par la *Loi sur le divorce*. Il en découle que chaque parent doit pouvoir exercer les activités qui contribuent à l'identifier tel qu'il est vraiment. Le parent ayant le droit d'accès ne doit pas jouer un rôle ou adopter un faux mode de vie pendant les périodes d'accès. Le principe qui encourage les activités susceptibles d'entraîner une relation valable n'est pas écarté à moins qu'il n'y ait un risque important de préjudice pour l'enfant.

L'intérêt de l'enfant est mieux servi par une règle qui reconnaît son droit d'avoir, après le divorce, une relation valable avec ses deux parents. Le partage des «droits» entre le parent qui a la garde et celui qui a le droit d'accès doit être tel qu'il encourage cette relation. Cette interprétation est incompatible avec la pure notion traditionnelle en vertu de laquelle le parent ayant la garde jouit d'un contrôle absolu sur l'enfant, même lorsque l'autre parent exerce son droit d'accès.

Le terme «préjudice», dans ce contexte, sous-entend un effet néfaste sur la manière d'élever l'enfant qui est plus que transitoire. Il faut démontrer que l'activité con-

to create a substantial risk that the child's physical, psychological or moral well-being will be adversely affected. Exposure to new experiences and ideas may upset children and cause them considerable discomfort but these experiences are not necessarily in the long-term best interests of the child. Similarly, conflict between parents on many matters including religion is not uncommon, but in itself cannot be assumed to be harmful unless it produces a prolonged acrimonious atmosphere.

Risk of substantial harm must be shown if religious expression is to be restricted in applying the best interests of the child test. The statutory test in s. 16(10) of the *Divorce Act* does not constitute a limitation on freedom of religious expression. This freedom does not extend to protect conduct which is harmful to others. However, the concept of harm should not be expanded to reach the conclusion that anything which is not in the best interests of the children is injurious within the meaning of s. 2(b) and thus not protected by the *Charter*.

Financial Considerations and Costs

Per McLachlin J.: A judge, to fix lump sum maintenance, must fix it in a sum certain with reference to the principles applicable to such an award. The goal of conveying the entire interest in the matrimonial home to the wife did not support an award of lump sum maintenance; more was required. There was ample basis here for an order under s. 51 of the *Family Relations Act* awarding appellant a greater portion of the family assets because respondent, for a considerable time, paid little or nothing for the support of the family. The debts incurred during this period can serve as a consideration supporting reduction of respondent's interest in the family property. The equity in the home was not substantial and respondent was permitted to retain other assets.

The trial judge, in effecting a *de facto* reapportionment of the interest in the family assets to do justice, as was permitted on the facts and the law, did not expressly allude to the factors for reallocation. This omission should not result in a new trial being ordered because of the length and cost of the current litigation. The result achieved by the trial judge should be endorsed because the evidence was capable of supporting an order for reallocation of the parties' interest in the family assets to

testée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste. Le fait d'exposer un enfant à de nouvelles expériences et à de nouvelles idées peut le déranger et lui causer un désagrément considérable. Cela ne veut pas dire toutefois que ces expériences ne sont pas, à long terme, dans l'intérêt de l'enfant. De même, un conflit entre les parents sur un grand nombre de questions, dont la religion, n'est pas inhabituel, mais en soi, il ne peut être présumé préjudiciable à moins qu'il ne crée un climat d'acrimonie prolongé.

Lorsqu'on applique le critère de l'intérêt de l'enfant pour restreindre l'expression religieuse, il faut démontrer l'existence du risque de préjudice grave. Le critère prévu au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne constitue pas une limite à la liberté d'expression religieuse. Cette liberté ne peut être invoquée pour protéger une conduite qui est préjudiciable pour les autres. Toutefois, il ne convient pas d'élargir le concept du préjudice pour arriver à la conclusion que tout ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant est préjudiciable au sens de l'al. 2b) et n'est donc pas protégé par la *Charte*.

Questions financières et dépens

Le juge McLachlin: Le juge qui veut octroyer une prestation sous forme de capital doit en fixer la somme en conformité avec les principes applicables en la matière. L'objectif de parvenir à transférer à l'épouse tous les droits sur le domicile conjugal ne suffit pas à justifier l'octroi d'une telle prestation; il en faut davantage. En l'espèce, une ordonnance en vertu de l'art. 51 de la *Family Relations Act*, octroyant à l'appelante une partie plus grande des biens familiaux était amplement justifiée compte tenu que, pendant une très longue période, l'intimé n'avait contribué que peu, sinon pas du tout, à l'entretien de sa famille. Les dettes contractées pendant cette période peuvent constituer un élément justifiant la réduction des droits de l'intimé sur les biens familiaux. La maison n'avait pas une grande valeur nette et l'intimé a été autorisé à garder d'autres biens.

Le juge de première instance, en effectuant une nouvelle répartition *de facto* des biens familiaux dans l'intérêt de la justice, comme le permettaient les faits et le droit, n'a pas expressément évoqué les facteurs sur lesquels se fondait cette répartition. Cette omission ne devrait pas être un motif suffisant pour ordonner un nouveau procès, étant donné la durée et le coût du présent litige. Il y aurait lieu de confirmer le résultat auquel est arrivé le juge de première instance au motif que la

the extent required to give the appellant the entire interest in the matrimonial home.

The money owed by the family's jewelry corporation was not, in law, a debt for which respondent was personally liable. Only the corporation was liable. The debt appellant incurred to support herself and the children before she applied for maintenance is similarly unenforceable against respondent as a debt, although it could be taken into consideration in an order for reduction of his interest in the family assets.

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. The facts that an application has little merit and that part of the cost of the litigation may have been paid for by others do not justify awarding solicitor-client costs.

No order for costs should have been made against respondent's barrister. Costs are awarded as compensation for the successful party, not to punish a lawyer. Any member of the legal profession might be subject to a compensatory order for costs if it is shown that repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized the proceedings in which he or she was involved, and that the lawyer acted in bad faith in encouraging this abuse and delay. The courts have jurisdiction to make such an award, often under statute and as part of their inherent jurisdiction to control abuse of process and contempt of court. The proceedings here, despite their length and acrimonious progress, did not fall within these characterizations. Courts, moreover, must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her profession.

Since the Society did not appear as a party, the costs awarded against it must be taken to be the equivalent of an award for the tort of maintenance. A person must intervene "officially or improperly" to be liable for the tort of maintenance. Provision of financial assistance to a litigant by a non-party will not always constitute maintenance. Funding by a relative or out of charity must be distinguished from cases where a person wilfully and

preuve peut justifier qu'elle ait décrété un nouveau partage des droits des parties dans les biens familiaux de façon à accorder à l'appelante l'entière propriété du foyer conjugal.

^a La somme due par la compagnie familiale de joaillerie n'était pas, en droit, une dette dont l'intimé était personnellement responsable. C'est la compagnie seule qui en est responsable. Il n'est pas non plus possible d'imputer à l'intimé la dette qu'a contractée l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants avant de faire une demande de pension, bien qu'on puisse en tenir compte pour réduire les intérêts de l'intimé dans les biens familiaux.

^b Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties. Le peu de fondement d'une demande et le fait qu'une partie des frais soit payée par des tiers ne constituent pas des raisons d'accorder les dépens sur cette base.

^c L'avocat de l'intimé n'aurait pas dû être condamné aux dépens. Les dépens sont accordés en vue d'indemniser la partie ayant gain de cause, et non de punir un avocat. Tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a agi de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. En dépit de sa longueur et de son climat acrimonieux, la présente instance n'a pas été marquée par ce genre de faute. De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

^d La Société n'ayant pas été constituée partie, il faut présumer que les dépens qui lui ont été imposés sont l'équivalent d'une indemnité accordée pour soutien délictueux. Pour qu'il y ait soutien délictueux, il faut qu'il y ait intervention «officielle ou illégitime». L'aide financière que fournit un justiciable sans être l'une des parties ne constituera pas toujours un soutien délictueux. On doit distinguer, à cet égard, les cas du parent qui

improperly stirs up litigation and strife. The society's support was "out of charity and religious sympathy" and so did not constitute maintenance. It did not put forward respondent in an attempt to escape liability for costs. Its interest in the constitutional issue was insufficient to distinguish it from interveners who appear on constitutional cases and who have never been liable for costs.

Per La Forest and Gonthier JJ.: The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property and monetary issues and on the principles governing costs.

Per Iacobucci and Cory JJ.: The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property, monetary and costs issues.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of the trial judge on the issues of maintenance, division of property and costs were agreed with.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *Hockey v. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105; **referred to:** *Anson v. Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357; *Andrews v. Andrews*, B.C.S.C., June 9, 1983, unreported; *Brown v. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396; *DeLaurier v. Jackson*, [1934] S.C.R. 149; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317; *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *Re Orr*, [1933] O.R. 212; *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292; *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921; *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Baker v. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236; *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *Gunn v. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182; *Benoit v. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (Ont. Prov. Ct.), rev'd (1972), 10 R.F.L. 282 (Ont. C.A.); *Charlton v. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220; *Hewer v. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Clarke v. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176; *McCahill v. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23; *Fougere v. Fougere* (1987), 77 N.B.R. (2d) 381; *Dipper v. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722; *Keyes v. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Pierce v. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572; *Gubody v. Gubody*, [1955] O.W.N. 548; *Sudeyko v. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273; *Frame v. Smith*, [1987]

apporte des fonds ou de celui qui agit dans un but charitable du cas de la personne qui, volontairement et de façon illégitime, attise les litiges et les querelles. L'appui de la société s'inspirait de «considérations charitables et religieuses» et ne constituait pas un soutien délictueux. Elle n'a pas agi au nom de l'intimé en vue d'esquiver sa responsabilité au chapitre des dépens. L'intérêt qu'avait la société à cet égard ne suffit pas à la distinguer des intervenants qui comparaissent dans des affaires constitutionnelles et qui n'ont jamais été tenus aux dépens.

Les juges La Forest et Gonthier: Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens et à l'argent et des principes régissant les dépens.

Les juges Iacobucci et Cory: Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens, à l'argent et aux dépens.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les motifs du juge de première instance sont acceptés pour ce qui est des questions relatives à l'obligation alimentaire, à la répartition des biens et aux dépens.

e Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *Hockey c. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105; **arrêts mentionnés:** *Anson c. Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357; *Andrews c. Andrews*, C.S.C.-B., 9 juin 1983, inédit; *Brown c. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396; *DeLaurier c. Jackson*, [1934] R.C.S. 149; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317; *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *Re Orr*, [1933] O.R. 212; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921; *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Baker c. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236; *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *Gunn c. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182; *Benoit c. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (C. prov. Ont.), inf. (1972), 10 R.F.L. 282 (C.A. Ont.); *Charlton c. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220; *Hewer c. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Clarke c. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176; *McCahill c. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23; *Fougere c. Fougere* (1987), 77 R.N.-B. (2d) 381; *Dipper c. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722; *Keyes c. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572; *Gubody c. Gubody*, [1955] O.W.N. 548; *Sudeyko c. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273;

2 S.C.R. 99; *Tocco v. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621; *Delvenne v. Nabie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21; *Irmert v. Irmert* (1984), 64 A.R. 342; *Harvey v. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134; *McQuillan v. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324; *Struncova v. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298; *Sullivan v. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293; *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (1990); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **referred to:** *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157; *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317; *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292; *Kades v. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*

Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99; *Tocco c. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hills c. Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621; *Delvenne c. Nabie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21; *Irmert c. Irmert* (1984), 64 A.R. 342; *Harvey c. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134; *McQuillan c. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324; *Struncova c. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298; *Sullivan c. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293; *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Zummo c. Zummo*, 574 A.2d 1130 (1990); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts mentionnés:** *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157; *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Kades c. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251; *J. c. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al.*

(*Man.*), [1990] 1 S.C.R. 1123; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566; *Goodman v. The King*, [1939] S.C.R. 446; *Newswander v. Giegerich* (1907), 39 S.C.R. 354.

By Sopinka J.

Referred to: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Law relating to the custody of Infants, S. Prov. Can. 1855, c. 126, s. 1.
Act to amend the Law relating to the Custody of Infants (Talfourd's Act) (U.K.), 2 & 3 Vict., c. 54.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 15(1), 24, 26, 32.
Civil Code of Lower Canada, art. 30.
Civil Code of Quebec, arts. 543, 569, 570, 647.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(2), 16(1), (2), (4), (5), (6), (8), (9), (10), 17(5).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 51, 52.
Guardianship of Infants Act, 1886 (U.K.), 49 & 50 Vict., c. 27.
Guardianship of Infants Act, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 45.
Guardianship of Minors Act, 1971 (U.K.), 1971, c. 3, s. 1.
Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre, s. 34 (Law about Children and Parents, of April 7, 1981, no. 7, s. 34).
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, s. 25(10).

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "Family Law in Ontario: Changing Assumptions" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 1.
 Bala, Nicholas. "Assessing the Assessor: Legal Issues" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179.
 Benians, Robin. "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children". In Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families*. London: Family Rights Group, 1982.

195.1(1)c) du Code criminel (*Man.*), [1990] 1 R.C.S. 1123; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566; *Goodman c. The King*, [1939] R.C.S. 446; *Newswander c. Giegerich* (1907), 39 R.C.S. 354.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Act to amend the Law relating to the Custody of Infants (Talfourd's Act) (R.-U.), 2 & 3 Vict., ch. 54.
Acte pour amender la loi relative à la garde des enfants en bas âge, S. Prov. Can. 1855, ch. 126, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), d), 7, 15(1), 24, 26, 32.
Code civil du Bas-Canada, art. 30.
Code civil du Québec, art. 543, 569, 570, 647.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121, art. 51, 52.
Guardianship of Infants Act, 1886 (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27.
Guardianship of Infants Act, 1925 (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45.
Guardianship of Minors Act, 1971 (R.-U.), 1971, ch. 3, art. 1.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15(2), 16(1), (2), (4), (5), (6), (8), (9), (10), 17(5).
Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre, art. 34 (Loi relative aux enfants et aux parents, 7 avril 1981, n° 7, art. 34).
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, art. 25(10).

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. «Family Law in Ontario: Changing Assumptions» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 1.
 Bala, Nicholas. «Assessing the Assessor: Legal Issues» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179.
 Benians, Robin. «Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children». In Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families*. London: Family Rights Group, 1982.

- Boyd, Susan B. "Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work" (1989), 96 *Queen's Q.* 831.
- Boyd, Susan B. "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1.
- Boyd, Susan B. "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?". In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990.
- Burrett, Jill F. *Child Access and Modern Family Law*. Melbourne: Law Book Co., 1988.
- Canada. Department of Justice. *Custody and Access: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Dept., 1993.
- Canada. Department of Justice. *Evaluation of the Divorce Act, 1985 — Phase I: Collection of Baseline Data*. Ottawa: The Dept., 1987.
- Canada. Department of Justice. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: The Dept., 1990.
- Canada. Law Reform Commission. Report. *Family Law*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. *The Custody, Care and Upbringing of Children of Divorcing Spouses*. By Richard Gosse. Ottawa: The Commission, 1973.
- Caplan, Paula J., and Jeffery Wilson. "Assessing the Child Custody Assessors" (1990), 27 *R.F.L.* (3d) 121.
- Chambers, David L. "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477.
- Deech, Ruth. "The Unmarried Father and Human Rights" (1992), 4 *J. Child L.* 3.
- Delorey, Anne Marie. "Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power" (1989), 3 *C.J.W.L.* 33.
- Dickens, Bernard M. "The Modern Function and Limits of Parental Rights" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462.
- Drakich, Janice. "In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood" (1989), 3 *C.J.W.L.* 69.
- Drakich, Janice. "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody". In Bonnie Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family*. Toronto: Canadian Scholars' Press, 1988.
- Ehrcke, Ann. "Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 211.
- Ellison, Edythe S. "Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment" (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73.
- Elster, Jon. "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child" (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1.
- Boyd, Susan B. «Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work» (1989), 96 *Queen's Q.* 831.
- Boyd, Susan B. «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1.
- a Boyd, Susan B. «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?». In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990.
- b Burrett, Jill F. *Child Access and Modern Family Law*. Melbourne: Law Book Co., 1988.
- Canada. Commission de réforme du droit. *La garde, l'administration et l'éducation des enfants de parents qui divorcent*. Par Richard Gosse. Ottawa: La Commission, 1973.
- c Canada. Commission de réforme du droit. Rapport. *Le droit de la famille*. Ottawa: La Commission, 1976.
- Canada. Ministère de la Justice. *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*. Ottawa: Le Ministère, 1993.
- d Canada. Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce — Phase I: Cueillette des données de base*. Ottawa: Le Ministère, 1987.
- e Canada. Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Le Ministère, 1990.
- Caplan, Paula J., and Jeffery Wilson. «Assessing the Child Custody Assessors» (1990), 27 *R.F.L.* (3d) 121.
- f Chambers, David L. «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477.
- Deech, Ruth. «The Unmarried Father and Human Rights» (1992), 4 *J. Child L.* 3.
- g Delorey, Anne Marie. «Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power» (1989), 3 *R.J.F.D.* 33.
- Dickens, Bernard M. «The Modern Function and Limits of Parental Rights» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462.
- h Drakich, Janice. «In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood» (1989), 3 *R.J.F.D.* 69.
- Drakich, Janice. «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody». In Bonnie Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family*. Toronto: Canadian Scholars' Press, 1988.
- i Ehrcke, Ann. «Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 211.
- j Ellison, Edythe S. «Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment» (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73.

- Emery, Robert E. "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce" (1982), 92 *Psych. Bull.* 310.
- Fineman, Martha Albertson. "Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727.
- Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Finnbogason, Eve, and Monica Townson. *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders*. Ottawa: Status of Women, 1985.
- Folberg, Jay. "Joint Custody". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Gélinas, Louis, et Bartha Maria Knoppers. "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection" (1993), 53 *R. du B.* 3.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: The Free Press, 1979.
- Goldstein, Joseph. "In Whose Best Interest?". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369.
- Hetherington, E. Mavis, Martha Cox and Roger Cox. "Effects of Divorce on Parents and Children". In Michael E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum & Associates, 1982.
- Holmes, Sheila M. "Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?" (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300.
- Johnston, Janet R., Marsha Kline and Jeanne M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access" (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576.
- LaFave, LeAnn Larson. "Origins and Evolution of the 'Best Interests of the Child' Standard" (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. London: Croom Helm, 1984.
- Elster, Jon. «Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child» (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1.
- Emery, Robert E. «Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce» (1982), 92 *Psych. Bull.* 310.
- Fineman, Martha Albertson. «Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727.
- Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Finnbogason, Eve, et Monica Townson. *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders*. (Résumé disponible en français *sub nom. Avantages et rentabilité d'un registre central des ordonnances de pension alimentaire et de garde d'enfants*). Ottawa: Condition féminine Canada, 1985 (10 pp.).
- Folberg, Jay. «Joint Custody». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Gélinas, Louis, et Bartha Maria Knoppers. «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection» (1993), 53 *R. du B.* 3.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: The Free Press, 1979.
- Goldstein, Joseph. «In Whose Best Interest?». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Grassby, Miriam. «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369.
- Hetherington, E. Mavis, Martha Cox and Roger Cox. «Effects of Divorce on Parents and Children». In Michael E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum & Associates, 1982.
- Holmes, Sheila M. «Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?» (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300.
- Johnston, Janet R., Marsha Kline and Jeanne M. Tschann, «Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access» (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576.
- LaFave, LeAnn Larson. «Origins and Evolution of the 'Best Interests of the Child' Standard» (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459.

- Mnookin, Robert H. "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226.
- Munro, Karen M. "The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D., and Brenda Edwards. "Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective" (1989), 11 *Advocates' Q.* 1.
- Perry, Debra. *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992.
- Richardson, C. James. *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results*. Ottawa: Department of Justice Canada, Family Law Research, 1988.
- Roth, Allan. "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes" (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423.
- Rutter, Michael. *Maternal Deprivation Reassessed*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1981.
- Rutter, Michael. "Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage". In Martha Whalen Kent and Jon E. Rolf, eds., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1979.
- Ryan, Judith P. "Joint Custody in Canada: Time for a Second Look" (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119.
- Schneider, Carl E. "Religion and Child Custody" (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.
- Smart, Carol, and Selma Sevenhuijsen. *Child Custody and the Politics of Gender*. London: Routledge, 1989.
- Smith, Lucy, and Peter Lødrup. "The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway". In Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts*. Toronto: Carswell, 1978.
- Syrtash, John Tibor. *Religion and Culture in Canadian Family Law*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Toope, Stephen J. "Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law" (1991), 9 *Can. J. Fam. L.* 55.
- Wallerstein, Judith S., and Sandra Blakeslee. *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce*. New York: Ticknor & Fields, 1989.
- Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.
- Weisman, Norris. "On Access After Parental Separation" (1992), 36 *R.F.L.* (3d) 35.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. London: Croom Helm, 1984.
- Mnookin, Robert H. «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226.
- Munro, Karen M. «The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D., and Brenda Edwards. «Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective» (1989), 11 *Advocates' Q.* 1.
- Perry, Debra. *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992.
- Richardson, C. James. *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, Recherche en droit de la famille, 1988.
- Roth, Allan. «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes» (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423.
- Rutter, Michael. *Maternal Deprivation Reassessed*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1981.
- Rutter, Michael. «Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage». In Martha Whalen Kent and Jon E. Rolf, eds., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1979.
- Ryan, Judith P. «Joint Custody in Canada: Time for a Second Look» (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119.
- Schneider, Carl E. «Religion and Child Custody» (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.
- Smart, Carol, and Selma Sevenhuijsen. *Child Custody and the Politics of Gender*. London: Routledge, 1989.
- Smith, Lucy, and Peter Lødrup. «The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway». In Ian F.G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts*. Toronto: Carswell, 1978.
- Syrtash, John Tibor. *Religion and Culture in Canadian Family Law*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Toope, Stephen J. «Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law» (1991), 9 *Rev. can. d. fam.* 55.
- Wallerstein, Judith S., and Sandra Blakeslee. *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce*. New York: Ticknor & Fields, 1989.

Weiss, Martin, and Robert Abramoff. "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.

Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.

Zarowny, Steven M. "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160.

Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.

Weisman, Norris. «On Access After Parental Separation» (1992), 36 *R.F.L.* (3d) 35.

Weiss, Martin, and Robert Abramoff. «The Enforceability of Religious Upbringing Agreements» (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.

Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.

Zarowny, Steven M. «The Religious Upbringing of Children After Divorce» (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, allowing an appeal in part from a judgment of Proudfoot J. (1989), 24 R.F.L. (3d) 193. Appeal allowed in part, L'Heureux-Dubé J. dissenting in the result. Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* did not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Lorne N. MacLean and Fred C. Lowther, for the appellant.

W. Glen How, Q.C., and Sarah E. Mott-Trille, for the respondent James K. C. Young.

Gordon Turriff, for the respondent W. Glen How.

John M. Burns and Linda How, for the respondent Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

Brian Evernden, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Monique Rousseau and Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, qui a accueilli en partie l'appel contre une décision du juge Proudfoot (1989), 24 R.F.L. (3d) 193. Pourvoi accueilli en partie, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au résultat. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Lorne N. MacLean et Fred C. Lowther, pour l'appelante.

W. Glen How, c.r., et Sarah E. Mott-Trille, pour l'intimé James K. C. Young.

Gordon Turriff, pour l'intimé W. Glen How.

John M. Burns et Linda How, pour l'intimée Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

Brian Evernden, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau et Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Written submission only for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Gerald D. Chipeur and Karnick Doukmetzian, for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I am in agreement with the reasons of Justice L'Heureux-Dubé that the issue of access should be determined on the basis of what is in the best interest of the child. I also agree with her on the constitutional issue.

On the property and monetary issues, I am in agreement with the reasons of Justice McLachlin. I also agree with her on the principles that should govern costs and accordingly with the order of the Court of Appeal respecting the costs at trial. However, since the appellant was largely successful in the final result, I would allow her costs on this appeal and the Court of Appeal.

Accordingly, I would allow the appeal and restore the order of the trial judge on all matters except the monetary issues, which I would dispose of in the manner proposed by McLachlin J. I would award the appellant her costs at trial as set forth by the Court of Appeal, as well as costs on a party and party basis in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in result) — I have had the advantage of reading the opinion of my colleague, Justice McLachlin. With great deference, I disagree both with her reasons and the result she has reached. Since I do not characterize the issue quite as my colleague does, I will pursue my own analysis.

Mémoire seulement pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Gerald D. Chipeur et Karnick Doukmetzian, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues. Tout comme le juge L'Heureux-Dubé, je suis d'avis que la question du droit d'accès devrait être tranchée en fonction de l'intérêt de l'enfant. Je suis également d'accord avec elle sur la question constitutionnelle.

En ce qui concerne les questions matérielles et financières, je souscris aux motifs du juge McLachlin. Je suis également d'accord avec elle sur les principes qui devraient régir les dépens et, par conséquent, avec l'ordonnance de la Cour d'appel concernant les dépens en première instance. Toutefois, comme l'appelante a finalement obtenu largement gain de cause, je suis d'avis de lui accorder les dépens ici et devant la Cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance pour tous les points en litige, à l'exception des questions financières, pour lesquelles je tranche de la façon proposée par le juge McLachlin. Je suis d'avis d'accorder les dépens à l'appelante en première instance, tels que les a fixés la Cour d'appel, ainsi que les dépens comme entre parties devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au résultat) — J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de ma collègue, madame le juge McLachlin. En toute déférence, je ne partage ni ses motifs ni le résultat auquel elle en arrive. Étant donné que je ne pose pas la question exactement comme elle le fait, je procéderai à ma propre analyse.

The main issue in this case, in my view, concerns access by a non-custodial parent to his children whose custody was granted to the other parent. More precisely, this Court must determine whether curtailment of access is warranted in the circumstances of this case. The focus of the inquiry is the standard applicable to such a determination. According to the Court of Appeal, the test is one of harm to the children. I disagree. In my view, the only applicable test is the best interests of the children, assessed from a child-centred perspective, a test which is mandated by the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "Act"), as well as provincial legislation and which is universally applied and constitutionally sound. While the respondent, the father in this case, raises the issues of freedom of religion and expression and the infringement of his guarantees under s. 2(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter") due to the trial judge's order restricting access to his children, these questions simply do not arise in the circumstances of this case. If they do, I agree with my colleague that there is no infringement of the *Charter*.

On the related issues of maintenance, division of property and costs, I agree with the trial judge for the reasons that she expressed at length, given her privileged vantage point and her findings of fact. Accordingly, I will deal only with the main issue: access.

Facts and Judgments

Since the facts leading to the dispute between the parties have been set out by my colleague, I will only point out those most relevant to my subsequent discussion.

The parties, who had two children when they first separated in February, 1987, resumed cohabitation and finally separated in August, 1987, shortly after the birth of their third child. It appears from the evidence that the breakdown of their marriage was due, to a great extent, to religious differences between the parties. The respondent became involved, unbeknownst to the appellant, in the

À mon avis, la principale question ici en litige porte sur le droit d'accès d'un parent non chargé de la garde auprès de ses enfants dont la garde a été confiée à l'autre parent. Plus précisément, notre Cour doit décider si les limites fixées à ce droit d'accès sont justifiées dans les circonstances de cette affaire. Le critère applicable à cette fin est au cœur du débat. Selon la Cour d'appel, ce critère est celui du préjudice caractérisé causé aux enfants. Je ne saurais être d'accord. Selon moi, l'unique critère est celui du meilleur intérêt de l'enfant, évalué du point de vue de l'enfant, critère que prescrit tant la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (la «Loi»), que les lois provinciales et critère universellement appliqué et constitutionnellement fondé. Bien que l'intimé, le père en l'espèce, invoque la liberté de religion et d'expression ainsi qu'une atteinte aux droits qui lui sont garantis par les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte») par suite de l'ordonnance du juge de première instance assujettissant son droit d'accès à certaines restrictions, ces questions ne se posent aucunement ici. Même si elles se posaient, je suis d'accord avec ma collègue pour conclure qu'il n'y a pas de violation de la *Charte*.

Sur les questions connexes des aliments, du partage des biens et des dépens, je partage l'avis du juge de première instance pour les motifs qu'elle a longuement exposés, étant donné sa position privilégiée et ses conclusions de fait. En conséquence, je traiterai uniquement de la question principale: le droit d'accès.

Les faits et les jugements

Les faits qui ont donné naissance au conflit entre les parties ayant été relatés par ma collègue, je me bornerai à souligner ceux que j'estime les plus pertinents pour la discussion qui va suivre.

Les parties, qui avaient deux enfants au moment de leur première séparation en février 1987, ont repris la cohabitation, pour finalement se séparer à nouveau en août 1987, peu après la naissance de leur troisième enfant. Il ressort de la preuve que l'échec de leur mariage est dû en grande partie à leurs divergences d'ordre religieux. Environ deux ans avant la séparation, l'intimé est, en effet,

Jehovah's Witnesses faith some two years before the separation. The children had been baptized in the United Church, and the appellant, an Anglican, apparently did not favour any involvement for herself or the children in her husband's new faith. At the time, the older children were six and eight years of age.

Upon separation, it was common ground between the parties that the appellant should have custody of the children and they have remained at all times since in the care of their mother. On July 12, 1988, the appellant brought an application for divorce and sought spousal and child support, interim and permanent custody of the children and an order enjoining the respondent from inculcating the children in the Jehovah's Witness faith or involving them in church activities. The respondent brought a cross-application for interim joint custody with care and control to the appellant and a declaration that the restrictions sought by his wife violated his and the children's rights under the *Charter*.

In the interim order of August 16, 1988, Scarth L.J.S.C. dismissed the respondent's motion for a declaration and order pursuant to s. 24 of the *Charter*. He granted custody to the appellant, awarded her \$3,500 a month in spousal and child support and specified the following restrictions on the respondent's access:

- a) the Respondent will not take the said children of the marriage to the Respondent's church without the Petitioner's consent and if the Petitioner withholds consent, the Respondent may make application to this court;
- b) the Respondent will not suggest that the three children of the marriage will have to separate from the Petitioner if she does not convert to the Jehovah's Witnesses [*sic*] faith, or that the Petitioner will be punished by God for failing to adhere to that faith;
- c) the Respondent will not deprecate the Petitioner's religion in the presence of the three infant children of the marriage;

devenu, à l'insu de l'appelante, un adepte des Témoins de Jéhovah. Les enfants avaient été baptisées selon le rite de l'Église unie et l'appelante, anglicane, ne souhaitait apparemment pas s'engager elle-même ou engager ses enfants dans la nouvelle religion de son mari. À l'époque, les aînées avaient six et huit ans.

Au moment de la séparation, il était entendu entre les parties que l'appelante aurait la garde des enfants, qui, depuis lors, sont toujours demeurées sous la garde de leur mère. Le 12 juillet 1988, l'appelante a déposé une requête en divorce, y compris une demande de pension alimentaire pour elle-même et les enfants, la garde provisoire et permanente des enfants, y joignant une demande d'enjoindre à l'intimé de s'abstenir de leur inculquer la foi des Témoins de Jéhovah ou de les faire participer à des activités à l'église. Par demande reconventionnelle, l'intimé a sollicité la garde provisoire partagée avec garde et contrôle à l'appelante, en plus d'une déclaration à l'effet que les restrictions demandées par sa femme violaient ses droits ainsi que ceux de ses enfants, droits que leur garantit la *Charte*.

Dans une ordonnance provisoire rendue le 16 août 1988, le juge Scarth a rejeté la requête de l'intimé en vue d'obtenir une déclaration et une ordonnance en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Il a confié la garde des enfants à l'appelante, fixé à 3 500 \$ la pension alimentaire mensuelle pour elle et les enfants, et assujetti le droit d'accès de l'intimé aux restrictions suivantes:

[TRADUCTION]

- a) l'intimé n'amènera pas les enfants à charge à l'église qu'il fréquente sans le consentement de la requérante; si celle-ci refuse son consentement, l'intimé pourra s'adresser à la cour;
- b) l'intimé ne laissera pas entendre que les trois enfants à charge devront se séparer de la requérante si celle-ci ne se convertit pas à la religion des Témoins de Jéhovah, ou que le châtement de Dieu s'abattra sur elle si elle n'adhère pas à cette religion;
- c) l'intimé ne dénigrera pas la religion de la requérante en présence des trois enfants à charge;

d) the Respondent is enjoined from preventing the said infants from having blood transfusions in the event blood transfusions are required and the Petitioner shall be solely responsible for all health care decisions and choices relative to the said infant children of the marriage. ^a

The respondent appealed the order and instituted a number of further applications in which he sought to vary the interim custody order and the terms and conditions imposed on access. He also applied to set the dates and times of access and sought overnight access. The appeal of the interim order was dismissed by the B.C. Court of Appeal on September 23, 1988 and the applications for interim and permanent custody of the children and variation of the restrictions were rejected by Scarth L.J.S.C. on October 7, 1988. The respondent then appealed the order of October 7, 1988 and sought a declaration that both the order and s. 16(1), (2), (6) and (8) of the Act violated his *Charter* rights. This appeal was dismissed on November 15, 1988. Prior to trial, the respondent also unsuccessfully contested the amount of support to be paid and applied to list the matrimonial home for sale and have the arrears of support accumulated to that date cancelled. ^b

At trial (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, on the issue of custody and access, Proudfoot J. (now J.A.) found that the respondent's attempts to argue loss of freedom of religion were but a guise under which he was attempting to gain control of the children's religious upbringing. She held that the respondent would not be denied custody or access because of his religious beliefs and that his freedom of religion had not been infringed. Rather, custody and access would be decided only according to the best interests of the children. She found that the appellant did not oppose access by the respondent, and that the difficulty was created solely by their religious differences. Distinguishing the decision of the Divisional Court of the Supreme Court of Ontario in *Hockey v. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105, and relying on *Anson* ^c

d) il est interdit à l'intimé d'empêcher les enfants de recevoir une transfusion sanguine en cas de besoin, et la requérante aura l'entière responsabilité de prendre, à leur égard, toutes les décisions et de faire tous les choix en matière de soins de santé. ^a

L'intimé a interjeté appel de cette ordonnance et a présenté de nouvelles requêtes en vue de faire modifier l'ordonnance de garde provisoire ainsi que les conditions dont son droit d'accès avait été assorti. Il a également demandé que soient déterminées les dates et les heures de visite, et que les enfants puissent dormir chez lui. L'appel de l'ordonnance provisoire a été rejeté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le 23 septembre 1988, tandis que le juge Scarth rejetait, le 7 octobre 1988, les requêtes visant la garde provisoire et la garde permanente des enfants ainsi que la modification des restrictions au droit d'accès. L'intimé s'est alors pourvu en appel contre l'ordonnance du 7 octobre 1988, demandant qu'il soit déclaré que cette ordonnance et les par. 16(1), (2), (6) et (8) de la Loi portaient atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Cet appel a été rejeté le 15 novembre 1988. Avant l'instruction, l'intimé a également contesté, sans succès, le montant de la pension alimentaire et il a demandé la mise en vente de la résidence conjugale ainsi que l'annulation des arrérages de pension alimentaire à cette date. ^d

Lors du procès (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, le juge Proudfoot (maintenant de la Cour d'appel) a estimé, sur la question de la garde et de l'accès, que l'intimé n'invoquait la perte de sa liberté de religion que comme prétexte pour contrôler l'éducation religieuse des enfants. Elle a dit que la garde ou l'accès ne lui seraient pas refusés en raison de ses croyances religieuses et qu'il n'y avait pas d'atteinte à sa liberté de religion, mais que toute décision en la matière serait uniquement dictée par l'intérêt des enfants. Elle a souligné que l'appellante ne s'opposait pas au droit d'accès de l'intimé et que la difficulté était uniquement attribuable à leurs divergences religieuses. Distinguant la décision de la Cour divisionnaire de la Cour suprême de l'Ontario *Hockey c. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105, et s'appuyant sur les affaires *Anson c.* ^e

v. *Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357 (Co. Ct.), and *Andrews v. Andrews*, B.C.S.C., June 9, 1983, unreported, Proudfoot J. found that both the right and the responsibility to determine a child's education, health care and religion rest with the custodial parent. Citing the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Brown v. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396, she found that the *Charter* has not affected the general principle enunciated in *DeLaurier v. Jackson*, [1934] S.C.R. 149, that the father's rights in respect of the religious upbringing of his child must yield to the welfare of the child.

Proudfoot J. noted that the original custody order had been made with the respondent's consent and that all the experts agreed that custody should remain with the appellant. The children had indicated in letters written to the judge that they wished to remain with their mother. The evidence was clear that they were opposed to any involvement in the respondent's religious activities and that there had been total disregard for their wishes. The reports of both court experts indicated that the two older children's relationship with their father was deteriorating, that they were under increasing pressure regarding family issues and needed to settle the conflict so they could proceed with their lives. Proudfoot J. found that there was no doubt on the evidence that the religious conflict was causing a problem for the children and that it should be resolved. She granted the appellant custody and guardianship of the children with sole responsibility for their religious upbringing, health care and education and granted the respondent access subject to the following conditions:

a) that the Respondent shall not discuss the Jehovah's Witness religion with the children and shall not take any of the children to any religious services, canvassing or meetings, without the written consent of the Petitioner and shall not expose the children to religious discussions with a third party or parties without the written consent of the Petitioner;

Anson (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357 (C. cté), et *Andrews c. Andrews*, C.S.C.-B., 9 juin 1983, inédite, le juge Proudfoot a conclu que le droit et la responsabilité de décider de l'éducation, des soins de santé et de la religion de l'enfant appartaient à celui des parents qui en a la garde. Citant l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *Brown c. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396, elle a estimé que la *Charte* n'avait pas modifié le principe général énoncé dans l'arrêt *DeLaurier c. Jackson*, [1934] R.C.S. 149, selon lequel les droits du père relativement à l'éducation religieuse de son enfant doivent céder devant le bien-être de l'enfant.

Le juge Proudfoot a signalé que l'ordonnance initiale de garde avait été rendue avec le consentement de l'intimé et que tous les experts étaient d'avis que la garde devrait être laissée à l'appelante. Dans des lettres qu'elles avaient écrites au juge, les enfants avaient indiqué leur désir de rester avec leur mère. La preuve démontrait clairement qu'elles s'opposaient à toute participation aux activités religieuses de l'intimé et qu'on n'avait tenu aucun compte de leurs désirs. Les rapports des deux experts auprès du tribunal faisaient état de la détérioration de la relation du père avec les deux aînées, de l'accroissement de la pression due aux conflits familiaux, et de la nécessité de régler le débat afin de leur permettre de faire leur vie. Le juge Proudfoot a donc conclu qu'il ne faisait aucun doute, d'après la preuve, que le conflit religieux causait un problème aux enfants et qu'il fallait le résoudre. Elle a confié à l'appelante la garde et la tutelle des enfants, ainsi que l'entière responsabilité concernant leur formation religieuse, leurs soins de santé et leur éducation, accordant à l'intimé un droit d'accès assorti des conditions suivantes:

[TRADUCTION]

a) l'intimé devra s'abstenir de discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, d'amener l'une ou l'autre d'entre elles à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, sans le consentement écrit de la requérante, et de les exposer à des discussions à caractère religieux avec une ou plusieurs tierces parties sans le consentement écrit de la requérante;

- b) that the Respondent is enjoined from preventing any of the three infant children of the marriage from having blood transfusions in the event blood transfusions are required;
- c) and that the Respondent shall not make any adverse remarks with respect to the religious beliefs of the Petitioner

She further declared that neither the custody order nor the access restrictions infringed the respondent's freedom of religion under the *Charter* and made other incidental findings as to support, the division of matrimonial property and costs, with which I agree as already indicated.

On appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, the respondent abandoned his custody claim but sought an order for joint guardianship of the children, unrestricted access and a declaration that the restrictions on access violated his and the children's *Charter* rights. Upon reviewing the rights of custodial parents and the historical development of access, Wood J.A. for the majority (Cummings J.A. concurring on this issue) noted that the concept of access did not receive statutory recognition until the Act. Wood J.A. found that the terms of s. 16 of the Act, when taken as a whole, indicate an intention by Parliament to foster substantial changes in the law of custody and access and to facilitate a meaningful and continuing relationship with the children of the marriage and the access parent. In his opinion, the word "contact" within s. 16(10) should be given a broad meaning, and a proper construction of the Act requires the distribution of "rights" between the custodial and the access parent. He found that an order for custody under s. 16(1) of the Act necessarily gives the custodial parent the power to determine the religious upbringing of the child, but does not give that parent the right to prevent the other from sharing his or her views with the child, whether that takes the form of discussions, observances or other related activities. The right of the access parent to share those beliefs is subject only to two limitations: (a) the unwillingness of the child to participate and (b) the power of the court to restrict the access if exposure to the beliefs or practices is, or is likely to be, harmful to the well-being of the child. Such harm

- b) il est interdit à l'intimé d'empêcher l'une ou l'autre des trois enfants à charge de recevoir une transfusion sanguine en cas de besoin;

- ^a c) l'intimé devra s'abstenir de toute remarque désobligeante à l'égard des croyances religieuses de la requérante . . .

Elle a ajouté que ni l'ordonnance de garde ni les restrictions au droit d'accès ne portaient atteinte à la liberté de religion garantie à l'intimé par la *Charte*. En ce qui a trait aux aliments, au partage des biens conjugaux et aux dépens, elle a également rendu des ordonnances accessoires, avec lesquelles j'ai déjà indiqué mon accord.

En appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, l'intimé a renoncé à sa demande de garde, mais a sollicité une ordonnance de tutelle conjointe des enfants, l'accès sans restrictions et une déclaration portant que les restrictions imposées à son droit d'accès violaient ses droits garantis par la *Charte*, ainsi que ceux des enfants. Après avoir passé en revue les droits des parents chargés de la garde et l'évolution historique du droit d'accès, le juge Wood de la Cour d'appel (avec l'appui du juge Cummings sur ce point) a observé, au nom de la majorité, que la notion d'accès n'avait obtenu une reconnaissance législative qu'avec l'adoption de la Loi. Il a estimé que les termes de l'art. 16, pris dans leur ensemble, traduisaient l'intention du législateur d'apporter des changements substantiels en matière de droits de garde et d'accès et de faciliter l'établissement d'une relation valable et suivie entre les enfants et le parent ayant un droit d'accès. À son avis, il convient de donner au mot «contact» utilisé au par. 16(10) un sens large, l'interprétation juste de la Loi nécessitant le partage des «droits» entre le parent gardien et celui qui a un droit d'accès. Il a estimé qu'une ordonnance de garde rendue en vertu du par. 16(1) de la Loi confère obligatoirement au parent gardien le pouvoir de décider de la formation religieuse de l'enfant, sans toutefois lui donner le droit d'empêcher l'autre parent de partager ses opinions avec l'enfant, que ce soit sous forme de discussions, de pratiques ou autres activités connexes. Le droit du parent ayant accès auprès de l'enfant n'est assujéti qu'à deux limites: a) le refus de l'enfant et b) le pouvoir du tribunal

must be "real psychological or physical harm", established on a civil standard of proof and must be distinguished from the general emotional distress which every child experiences upon divorce.

As to freedom of religion, Wood J.A. was of the view that the issue was whether or not the access parent's fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* is infringed by the long-standing common law rule which would give the custodial parent, as guardian of the child of the marriage, the absolute right to control the extent to which the access parent can expose that child to his or her religious beliefs. After considering the nature of freedom of religion set out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Wood J.A. held that an important element of the right to teach and disseminate one's beliefs must be the right to share those beliefs with one's children. In his view, it would be a rare case in which a court would be required to determine whether or not the exposure to conflicting religious beliefs or the beliefs themselves was threatening real physical or psychological harm to the child. Before embarking on such an inquiry, a court would require the evidence of an independent expert.

Applying these principles to the facts of the case, Wood J.A. concluded at p. 109 that:

No such harm was diagnosed or anticipated by either of the expert witnesses which the learned trial judge found to be credible. Nor did the evidence establish that the conflict in the religious beliefs of the parents was causing, or likely to cause, such harm.

The evidence went no further than to establish that the children were under some stress, the cause of which was "multi-factorial", but which obviously included some component related to the religious dispute between the parents. As I have attempted to show such evidence would not even justify the court embarking on any inquiry into the religious beliefs of a parent. It is

de restreindre l'accès si le fait d'être exposé à des croyances ou à des pratiques porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l'enfant. Il doit s'agir d'un «préjudice psychologique ou physique réel», dont l'existence doit être établie selon une norme de preuve civile et qu'il faut distinguer de la perturbation émotive générale que vit tout enfant au moment d'un divorce.

En ce qui a trait à la liberté de religion, la question, de l'avis du juge Wood, était de savoir si la liberté de religion fondamentale dont le parent ayant un droit d'accès jouit en vertu de l'al. 2a) de la *Charte* est violée par la règle ancienne de common law donnant au parent gardien, en tant que tuteur de l'enfant à charge, le droit absolu de surveiller la mesure dans laquelle le parent ayant accès peut exposer cet enfant à ses croyances religieuses. Après avoir examiné la nature de la liberté de religion, telle qu'énoncée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Wood a conclu que le droit de partager ses croyances avec ses enfants était un élément important du droit d'enseigner ces croyances et de les propager. À son avis, rares seraient les cas où le tribunal pourrait être appelé à décider si le fait d'être exposé à des croyances religieuses opposées, ou ces croyances en soi, menacent de causer un préjudice physique ou psychologique réel à l'enfant. Avant de procéder à semblable analyse, le tribunal exigerait le témoignage d'un expert indépendant.

Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, le juge Wood a conclu, à la p. 109:

[TRADUCTION] Aucun des témoins experts, dont le juge de première instance a reconnu la crédibilité, n'a diagnostiqué l'existence d'un tel préjudice ou appréhendé qu'il ne se produise. La preuve n'a pas davantage établi que le conflit entre les croyances religieuses des parents causait, ou était susceptible de causer, un préjudice de cet ordre.

Tout au plus a-t-il été établi en preuve que les enfants subissaient un certain stress, dont les facteurs étaient multiples, mais dont certaines composantes étaient, à l'évidence, liées à la querelle des parents au sujet de la religion. Ainsi que j'ai tenté de le démontrer, ces éléments de preuve ne permettraient même pas au tribunal de faire enquête sur les croyances religieuses de l'un ou

therefore axiomatic that it would not support any interference with Mr. Young's fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the Charter, in the form of the restrictions imposed.

Nonetheless, Wood J.A. held that the respondent was bound to respect the girls' wishes not to accompany him to his place of worship or on his proselytization efforts. Finding no reason to disbelieve the respondent's willingness to do so, Wood J.A. held that there was no basis for the imposition of any restrictions on his rights of access. In the result, he struck out the restrictions on access, found the declaration that the appellant have sole responsibility for the religious upbringing, health care and education of the children unnecessary and struck out the order that neither party make adverse remarks with reference to the religious beliefs of the other.

Southin J.A., dissenting on this issue, after a comprehensive review of parental authority, concluded that the custodial parent today enjoys the "full plenitude" of parental powers historically enjoyed by a guardian even during the time that the child is with the access parent. In her view, nothing in either the Act or the B.C. *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, was intended to limit the long-standing rule that the custodial parent is entitled to "lay down the law" concerning all matters relating to the children even during the time of access. In her view, the word "contact" in s. 16(10) of the Act did not contemplate a right in anyone granted access to disregard the determinations of the custodial parent, as it is a principle of statutory interpretation that (at p. 32) "if Parliament intends to set at naught a long-standing concept of the common law, it does so plainly and not by woolly words capable of more than one interpretation." With respect to the *Charter*, Southin J.A. held that the rights within s. 2 must not be construed in such a way as to deny the existence of parental rights, which are preserved by s. 26 of the *Charter*. She concluded that the appellant may control the children's activities but that she may not control the conversations which take place during the time of access. In her view, the appellant was entitled to establish that it would not be in the best interests of the children to be exposed to the

l'autre des parents. Il est donc évident qu'ils ne justifient pas une atteinte, telles les restrictions imposées en l'espèce, à la liberté de religion fondamentale que garantit à M. Young l'al. 2a) de la Charte.

^a Néanmoins, le juge Wood a déclaré que l'intimé devait respecter le désir de ses filles de ne pas l'accompagner dans les lieux de culte ou dans ses démarches de prosélytisme. Ne voyant aucune raison de douter de la bonne volonté de l'intimé à cet égard, le juge Wood a conclu que rien ne justifiait l'imposition de restrictions à ses droits d'accès. En définitive, il a annulé les restrictions imposées, décrété inutile la déclaration portant que l'appellante a l'entière responsabilité de la formation religieuse, des soins de santé et de l'éducation des enfants, et révoqué l'interdiction pour chacune des parties de faire des remarques désobligeantes quant aux croyances religieuses de l'autre.

Exprimant sa dissidence sur ce point, le juge Southin a conclu, après un examen approfondi de la notion d'autorité parentale, que celui des parents qui a la garde jouit aujourd'hui de la «plénitude» des pouvoirs parentaux dont le tuteur était historiquement titulaire, et ce, même pendant la période où l'enfant se trouve avec le parent qui a un droit d'accès. À son avis, ni la Loi ni la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, ne visent à limiter la règle ancienne suivant laquelle le parent gardien a le droit de «fixer les règles» pour tout ce qui a trait aux enfants, même pendant la période d'accès. D'après elle, l'emploi du terme «contact» au par. 16(10) de la Loi ne vise pas à conférer à toute personne obtenant l'accès le droit d'ignorer les décisions du parent ayant la garde, étant donné le principe d'interprétation des lois voulant que (à la p. 32) [TRADUCTION] «si le législateur entend réduire à néant une notion bien établie de common law, il le fait clairement et non en utilisant des termes flous se prêtant à diverses interprétations». En ce qui concerne la *Charte*, le juge Southin a dit que les droits garantis à l'art. 2 ne devaient pas être interprétés de façon à nier l'existence des droits parentaux, lesquels sont préservés par l'art. 26 de la *Charte*. Elle a conclu que l'appellante pouvait contrôler les activités des enfants mais non les conversations se déroulant pendant les périodes d'exercice du droit d'accès. À son avis, l'appellante

religious observances of the respondent. In the result, she would have ordered that the respondent not take the children to any religious service or have the children accompany him in any religious activity without the written consent of the Petitioner.

Relevant Statutory Provisions

In the present case, the Court is concerned with the statutory criteria which guide courts in matters of custody and access. A proper starting point, then, is to spell out those provisions of the *Divorce Act*, which are relevant to a discussion of custody and access:

16. (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses or by any other person, make an order respecting the custody of or the access to, or the custody of and access to, any or all children of the marriage.

(4) The court may make an order under this section granting custody of, or access to, any or all children of the marriage to any one or more persons.

(5) Unless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child.

(6) The court may make an order under this section for a definite or indefinite period or until the happening of a specified event and may impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith as it thinks fit and just.

(8) In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

(9) In making an order under this section, the court shall not take into consideration the past conduct of any

avait le droit d'établir qu'il ne serait pas dans l'intérêt des enfants de les exposer aux pratiques religieuses de l'intimé. En définitive, elle s'est dite d'avis d'ordonner à l'intimé de ne pas amener les enfants à des offices religieux ou de ne pas se faire accompagner par elles dans toute activité à caractère religieux sans le consentement écrit de la requérante.

b Les dispositions législatives pertinentes

Dans la présente instance, sont en jeu les critères législatifs qui servent de guides aux tribunaux en matière de droits de garde et d'accès. Il convient, donc, dès le départ, de reproduire les dispositions de la *Loi sur le divorce* applicables à cet égard:

16. (1) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux.

(4) L'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants.

(5) Sauf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.

(6) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(8) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

(9) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte de la con-

person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child.

(10) In making an order under this section, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody is sought to facilitate such contact.

17. . . .

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change. [Emphasis added.]

Custody

Leaving aside for the moment the constitutional questions stated by Lamer C.J., I wish to focus on the matter of custody and access. While the issue of custody is no longer in dispute, the parties having agreed that the appellant should retain custody of their three children, it is still necessary, to set the stage fully, to examine the rationale underlying the granting of custody.

At common law, the right to custody of children was originally incontestable and reposed with the father to the exclusion of any claims of the mother. The father possessed the full bundle of rights which are an inherent feature of the relationship between parent and child. This right reflected the dominant ideology of the family before this century and was composed of several interrelated concepts. The patriarchal family was the preferred, indeed the only recognized family structure. Fathers were regarded as possessing a natural right to their children, which flowed from the belief that they knew best about the interests of their children and that those interests were best served by upholding their proprietary rights (see S. Maid-

duite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère.

(10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

17. . . .

(5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative. [Je souligne.]

La garde

Laissant de côté pour l'instant les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer, je mettrai l'accent sur les questions de garde et d'accès. Certes, la question de la garde n'est plus en litige, car les parties ont convenu que l'appelante conserverait la garde de leurs trois enfants; il reste toutefois nécessaire, pour bien situer le contexte, d'examiner les principes sous-jacents à l'attribution de la garde.

En common law, le droit à la garde des enfants était, à l'origine, incontestable; il était dévolu au père, et la mère ne pouvait aucunement y prétendre. Le père était investi de l'ensemble des droits qui sont les attributs inséparables du rapport entre les parents et les enfants. Ce droit traduisait l'idéologie dominante relative à la famille au siècle dernier et il comportait un ensemble de diverses notions. Le patriarcat était la forme préférée, voire la seule forme de famille reconnue. Les pères étaient regardés comme possédant un droit naturel sur leurs enfants, droit qui découlait de la croyance qu'ils étaient les mieux placés pour juger de leur intérêt et que le meilleur moyen de protéger cet intérêt était de maintenir leur droit de propriété

ment, *Child Custody and Divorce* (1984), at pp. 5-6; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317). Thus, the sole concern in custody matters was for the rights of the father with little regard for the effect of such decisions on the child. As the famous case of *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054, illustrates, under such a regime, a mother could be denied custody and even access to a child still breast-feeding notwithstanding that the undisputed cause of the marriage breakdown was the cruelty of the father.

Since the 19th century, along with a gradual move toward equality of the sexes in custody presumptions, the focus has shifted from the rights of the parents to those of the child. The first statutory inroads were made in England with the passage of *Talfourd's Act* in 1839 (*An Act to amend the Law relating to the Custody of Infants* (U.K.), 2 & 3 Vict., c. 54) which allowed courts to make an order of access to the mother, and even to award her the custody of children of "tender years", those under the age of seven. However, fathers still retained the presumptive right to custody, a right which would only be disturbed where there was serious reason to believe that his behaviour would be detrimental to the child. In contrast, mothers who engaged in adulterous behaviour were deemed to have threatened the family structure and were presumed unfit to protect the interests of the child and routinely denied custody.

The best interests of the child gained ascendancy as the proper focus of custody decisions at the same time as courts moved toward the equality of women in custody decisions. The power of courts to rule in the best interests of the child was originally found in the equitable *parens patriae* jurisdiction of the Courts of Chancery. Although this power was at first only exercised in respect of the property rights of the child, the concept of the best interests of the child was gradually expanded to include the emotional, physical and spiritual

(voir S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), aux pp. 5 et 6; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317). Dans les instances concernant la garde, les tribunaux ne tenaient donc compte que des droits du père, l'effet de leur décision sur l'enfant représentant un facteur négligeable. Comme le démontre la célèbre affaire *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054, une mère pouvait, en vertu de ce régime, se voir refuser la garde d'un enfant encore au sein, et même l'accès auprès de celui-ci, malgré le fait que la cruauté du père avait été la cause incontestée de la rupture du mariage.

Depuis le XIX^e siècle, en même temps que l'égalité des sexes a gagné progressivement du terrain au regard des présomptions en matière de garde, on ne met plus l'accent sur les droits des parents mais bien sur ceux des enfants. La première loi anglaise qui ait marqué ce glissement a été la *Talfourd's Act* adoptée en 1839 (*An Act to amend the Law relating to the Custody of Infants* (R.-U.), 2 & 3 Vict., ch. 54) qui a autorisé les tribunaux à rendre une ordonnance accordant à la mère le droit d'accès auprès de ses enfants en bas âge, c'est-à-dire de moins de sept ans, et même la garde de ceux-ci. Toutefois, la présomption en matière de garde continuait de jouer en faveur du père; il ne pouvait être porté atteinte au droit du père que s'il y avait des motifs sérieux de croire que son comportement serait préjudiciable aux enfants. Par contraste, la mère qui se rendait coupable d'adultère était réputée constituer une menace pour la famille et présumée inapte à protéger l'intérêt des enfants, et elle était systématiquement privée de la garde.

Les tribunaux ont attaché de plus en plus d'importance au meilleur intérêt de l'enfant dans les instances concernant la garde à mesure qu'ils ont reconnu l'égalité des femmes dans ce domaine. Le pouvoir des tribunaux de statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant reposait à l'origine sur la compétence *parens patriae* reconnue en *equity* aux Cours de la Chancellerie. Certes, ce pouvoir n'a été exercé au début qu'à l'égard des biens de l'enfant, mais la notion d'intérêt de l'enfant a été graduellement élargie et a fini par s'étendre au bien-

welfare of the child. Changes in the social landscape affecting both the nature of work and the family and growing recognition of the needs of children began to inform custody decisions. With the merger of the courts of equity and common law in the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, the ability of courts to overrule any common law parental right where found to be in the best interests of the child was confirmed, as s. 25(10) of the Act specifically provided that "In questions relating to the custody and education of infants the rules of equity shall prevail". In England, Parliament specifically recognized as important a consideration of the welfare of the child in the *Guardianship of Infants Act, 1886* (U.K.), 49 & 50 Vict., c. 27. Upon the passage of the *Guardianship of Infants Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 45, the welfare of the child became the "the first and paramount consideration". The welfare, or what is now called the best interests, of the child thus prevailed over any potential rights that parents previously held at common law.

A number of rules were developed by courts, presumably predicated on the best interests test, which made the outcome of custody matters dependent upon assumptions as to parents' suitability. The most important of these rules was the tender years doctrine, which was described by an Ontario court in 1933 as the common sense proposition that, in general, children under the age of seven needed the care of their mothers (*Re Orr*, [1933] O.R. 212 (C.A.)). A related presumption favoured the placement of older children with the parent of the same sex. The *Guardianship of Infants Act, 1925*, granted women equal rights to custody over their children in England. In Canada, statutes providing for equality in entitlement to custody were passed in some provinces as early as 1923, although the process of legislative entrenchment was not completed until 1977 (see R. S. Abella, "Family Law in Ontario: Changing Assumptions" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 1, at p. 13). The net effect of both legislative enactments

être affectif, physique et moral de l'enfant. Les changements dans le paysage social touchant la nature du travail et la famille, ainsi que la reconnaissance croissante des besoins des enfants, ont peu à peu transpiré dans la jurisprudence relative à la garde. Par suite de la fusion des cours d'*equity* et des cours de common law, consacrée par la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, le pouvoir des tribunaux de passer outre à un droit parental reconnu en common law, lorsqu'ils estiment qu'il y va de l'intérêt de l'enfant, a été expressément confirmé au par. 25(10) de cette loi: [TRADUCTION] «Dans les questions relatives à la garde et à l'éducation des mineurs, les règles d'*equity* l'emportent.» En Angleterre, le Parlement a reconnu explicitement l'importance du bien-être de l'enfant, dans la *Guardianship of Infants Act, 1886* (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27. Avec l'adoption de la *Guardianship of Infants Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45, le bien-être de l'enfant est devenu [TRADUCTION] «la considération première et primordiale». Le bien-être, aujourd'hui appelé le meilleur intérêt, de l'enfant l'emportait désormais sur tout droit dont les parents auraient pu auparavant être titulaires en common law.

Les tribunaux ont élaboré un certain nombre de règles, vraisemblablement fondées sur le critère du meilleur intérêt, selon lesquelles l'issue des instances concernant la garde dépendait de présomptions quant à l'aptitude des parents. La plus importante de ces règles était la doctrine relative aux enfants en bas âge qu'une cour ontarienne a décrite, en 1933, comme une affaire de gros bon sens que, règle générale, les enfants de moins de sept ans ont besoin des soins de leur mère (*Re Orr*, [1933] O.R. 212 (C.A.)). Une présomption connexe voulait que les enfants plus âgés fussent placés avec soit leur père soit leur mère, selon leur sexe. En Angleterre, la *Guardianship of Infants Act, 1925* accordait aux mères des droits égaux à la garde des enfants. Au Canada, certaines provinces ont voté des lois prévoyant l'égalité des droits à la garde dès 1923, bien que le processus de la reconnaissance législative n'ait été mené à terme qu'en 1977 (voir R. S. Abella, «Family Law in Ontario: Changing Assumptions» (1981), 13 *R.D. Ottawa*

and judicially developed presumptions was that women were granted custody of children in the majority of cases.

Although the welfare principle long predates the 1970s, it was at that time that the emerging focus on the rights of children began to supplant the tender years doctrine, as courts adopted the principle expressed by de Grandpré J. in *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, at p. 293, that "the paramount consideration in custody matters is the welfare of the infants". Concurrent with this shift was the dissociation of notions of matrimonial fault from assumptions about parenting ability. Following the Law Reform Commission of Canada's report on *Family Law* in 1976, the best interests test was entrenched as the sole criterion for the determination of custody and access in the *Divorce Act*. Since then, not only has the best interests of the child become the paramount consideration, legislation has dictated that it be the sole consideration.

Despite these changes over time with respect to who is regarded as the appropriate custodial parent, the nature and scope of custody itself have remained relatively constant. The chief feature of such orders was, and still is, the implied, if not explicit, conferral of parental authority on the person granted custody. The long-standing rule at common law is that an order of custody entails the right to exercise full parental authority. In the case of a sole custody order, that authority is vested in one parent to the exclusion of the other.

The power of the custodial parent is not a "right" with independent value which is granted by courts for the benefit of the parent, but is designed to enable that parent to discharge his or her responsibilities and obligations to the child. It is, in fact, the child's right to a parent who will look after his

1, à la p. 13). Les textes de loi et les présomptions établies par les tribunaux ont eu pour résultat que les femmes ont obtenu la garde des enfants dans la majorité des cas.

^a Bien que le principe du bien-être de l'enfant remonte à une époque bien antérieure aux années 1970, c'est durant cette période que les droits de l'enfant ont commencé à supplanter la doctrine relative aux enfants en bas âge, à mesure que les tribunaux ont adopté le principe énoncé par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, à la p. 293, selon lequel «la considération prépondérante en matière de garde d'enfants est le bien-être de ceux-ci». Ce glissement a été accompagné par la dissociation des notions de faute matrimoniale, d'une part, et des présomptions au sujet de l'aptitude à être parent, de l'autre. ^b Par suite de la publication, en 1976, du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Le droit de la famille*, le critère du meilleur intérêt a été entériné dans la *Loi sur le divorce* comme seul critère applicable à la détermination des droits de garde et d'accès. ^c Depuis, non seulement le meilleur intérêt de l'enfant est devenu la considération prépondérante, mais encore la loi a prescrit qu'il est le seul critère.

^f En dépit de ces développements relatifs à l'aptitude respective des père et mère à se voir confier la garde, la nature et l'étendue du droit de garde lui-même sont restées assez stables. Les ordonnances en la matière se caractérisent encore avant tout, ^g comme par le passé, par l'attribution implicite, sinon explicite, de l'autorité parentale à la personne qui obtient la garde. Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l'exercice de l'autorité parentale, avec tous ses attributs. Si la garde est attribuée uniquement à l'un des parents, celui-ci est investi du droit exclusif d'exercer cette autorité.

ⁱ Le pouvoir du parent gardien n'est pas un «droit» qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage; il est plutôt destiné à lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités et obligations envers l'enfant. Il s'agit, en fait, du droit de l'enfant d'avoir un parent qui

or her best interests. Indeed, courts have recognized that there is no magic to the parental tie and will, when the best interests of the child warrant, grant custody to a third party. As Dubin J.A. (now C.J.O.) held in *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921, at p. 928:

... it is the duty of the Court to view all the circumstances relevant to what is in the interest of the child, including a consideration as to whether the evidence disclosed that the child would benefit from the tie of a child to its mother.

It has long been recognized that the custodial parent has a duty to ensure, protect and promote the best interests of the child. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day to day life and long-term well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. This is reflected in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, at p. 677, in which Thorson J.A. stated:

In my view, to award one parent the exclusive custody of a child is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded the custody, with full parental control over, and ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of the child, generally to the exclusion of the right of the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or in carrying out that responsibility.

See also *Baker v. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236 (Ont. C.A.).

A parallel situation exists with respect to the exercise of parental authority on separation or divorce under the *Civil Code of Quebec*. Article 647 of the *C.C.Q.* grants equal rights to parents in the exercise of authority over their children, stating that "[t]he father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children". However, art. 569 requires courts to decide questions of custody, maintenance and education of children "in their interest and in the respect of their rights", and art. 570 preserves only the right of the non-custodial parent to surveillance

voit à son intérêt. En effet, les tribunaux ont reconnu que les liens entre parents et enfants n'avaient rien de magique, et ils attribueront la garde à un tiers si l'intérêt de l'enfant le justifie. Comme le dit le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921, à la p. 928:

[TRADUCTION] ... la Cour a le devoir de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour l'intérêt de l'enfant, et doit vérifier si la preuve établit que l'enfant tirerait profit du lien avec sa mère.

Il est reconnu depuis longtemps que le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. Cela ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, à la p. 677, dans lequel le juge Thorson écrit:

[TRADUCTION] À mon avis, accorder à l'un des parents le droit de garde exclusif d'un enfant, c'est le revêtir, tant qu'il en aura ainsi la garde, de l'autorité parentale et de la responsabilité complète à l'égard des soins et de l'éducation de l'enfant, en général, excluant le droit de l'autre parent de s'immiscer dans les décisions prises dans l'exercice de cette autorité ou dans l'accomplissement de cette responsabilité.

Voir aussi l'arrêt *Baker c. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236 (C.A. Ont.).

Une situation parallèle est sanctionnée par le *Code civil du Québec* relativement à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce. L'article 647 *C.C.Q.* accorde des droits égaux aux parents quant à l'exercice de l'autorité sur leurs enfants: «Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.» Toutefois, les tribunaux doivent, aux termes de l'art. 569, trancher les questions de garde, d'entretien et d'éducation des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits», et l'art. 570 ne réserve que le droit du

over such matters. As Beetz J., writing for this Court, held in *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at p. 280, the effect of a custody award is to remove the right of the non-custodial parent to exercise his or her parental authority.

The rationale for granting this authority to the custodial parent is described by Gendreau J.A. in *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (Que. C.A.), at p. 191, as follows:

[TRANSLATION] It goes without saying that as a general rule, when custody of a child is granted to one parent, he or she then exercises all the attributes of parental authority and the other parent does not normally interfere in the custodial parent's way of doing things, except in the exercise of his or her supervising role. The child's unity of development is preserved in this manner and any scatterings or dislocations that might be harmful to him or her are avoided.

See also *Gunn v. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182 (P.E.I.S.C.); *Benoit v. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (Ont. Prov. Ct.), reversed on other grounds (1972), 10 R.F.L. 282 (Ont. C.A.). Similarly, under the B.C. *Family Relations Act*, the custodial parent has the full bundle of rights over the child (*Charlton v. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220 (B.C.S.C.); *Anson v. Anson*, *supra*).

As Professor Julien Payne has observed in *Payne on Divorce* (2nd ed. 1988), at p. 144, it has, at times, been thought, both in Canada and elsewhere, that custody and guardianship of a child were different in scope. While the case law is not consistent on this point, the term "custody" has been used in two senses. When used in its wider sense, custody is akin to the concept of guardianship and encompasses the full bundle of parental rights. In its narrower sense, the term refers only to the right to physical custody or day to day care and control of the child (see *Hewer v. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Anson v. Anson*, *supra*, at p. 363). However, as Payne notes at pp. 144-45, at this point in time, the wider concept of custody is well entrenched in Canadian law:

parent qui n'a pas la garde d'exercer une surveillance sur ces questions. Comme l'écrivait le juge Beetz, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la p. 280, l'attribution de la garde a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde le droit d'exercer l'autorité parentale.

Dans l'arrêt *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (C.A. Qué.), à la p. 191, le juge Gendreau explique pourquoi le parent gardien est investi de cette autorité:

Il va de soi qu'en règle générale, lorsque la garde d'un enfant est confiée à un parent, il exerce alors tous les attributs de l'autorité parentale et l'autre parent ne s'immisce ordinairement pas dans la façon de faire du gardien, sauf dans l'exercice de son rôle de surveillance. On préserve ainsi l'unité du développement de l'enfant et évite des éparpillements et des déchirements qui pourraient lui être néfastes.

Voir aussi *Gunn c. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182 (C.S.Î.-P.-É.); *Benoit c. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (C. prov. Ont.); infirmé pour d'autres motifs par (1972), 10 R.F.L. 282 (C.A. Ont.). De la même façon, sous le régime de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, le parent qui a la garde jouit de l'intégralité des droits sur l'enfant (*Charlton c. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220 (C.S.C.-B.) et *Anson c. Anson*, précité).

Comme le note le professeur Julien Payne dans *Payne on Divorce* (2^e éd. 1988), à la p. 144, on a cru à certaines époques, au Canada et ailleurs, que la garde et la tutelle d'un enfant avaient une portée différente. Certes, la jurisprudence a varié sur ce point, mais le terme «garde» a été employé dans deux sens. Au sens le plus large, la garde s'apparente à la notion de tutelle et englobe l'intégralité des droits des parents. Au sens plus étroit, le terme s'entend seulement du droit à la garde matérielle ou à la surveillance et aux soins quotidiens de l'enfant (voir *Hewer c. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357 et *Anson c. Anson*, précité, à la p. 363). Toutefois, comme le fait remarquer Payne aux pp. 144 et 145, à notre époque, la notion large de garde est bien établie en droit canadien:

In the context of Canadian divorce proceedings, the case law tends to support the conclusion that, in the absence of directions to the contrary, an order granting "sole custody" to one parent signifies that the custodial parent shall exercise all the powers of the legal guardian of the child. The non-custodial parent with access privileges is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint custodian of the child.

This view is reflected in the decision of Huddart Co. Ct. J. in *Anson v. Anson*, *supra*, at p. 366:

There seems to be no limit other than that of the imagination of the bar and bench to the variety of orders that can be devised to ensure the best interests of a child are served by the distribution of custodial rights and duties between the interested adults. The law reports resound with examples. Key, however, is where the residual authority lies. It seems too late to suggest that the term custody be confined to physical care and control with guardianship of the person being the residual concept, including general supervision of the upbringing of the child. The wide meaning is entrenched in federal legislation and in the case law here and elsewhere. [Emphasis added.]

See also *Clarke v. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176 (B.C.S.C.).

Southin J.A., the dissenting judge on this issue in the Court of Appeal, dealt at p. 31 with the question of custody under the B.C. provincial legislation in the following terms:

I can find nothing in the 1978 Act which warrants an inference that the Legislature intended by it to cut down the powers of guardians as those powers have long been understood. It follows that, if the order giving custody to Mrs. Young is sustained, she has under the Family Relations Act the full right to lay down the law concerning all matters relating to the children even during the time they are with their father for the purpose of his exercise of access.

The non-custodial parent retains certain residual rights over the child as one of its two natural guardians, among which is the right to apply to the court for variation of custody and access terms. Various other entitlements have been recognized at

[TRADUCTION] Dans le contexte des procédures en divorce au Canada, la jurisprudence tend à corroborer la conclusion qu'en l'absence de directives contraires, une ordonnance confiant la garde à un parent comporte l'attribution au parent gardien de tous les pouvoirs qui reviennent au tuteur de l'enfant. Le parent qui n'a pas la garde, mais a un droit d'accès, est donc privé des droits et responsabilités dont il était investi auparavant lorsqu'il avait la garde partagée de l'enfant.

Ce point de vue se reflète aussi dans la décision du juge Huddart de la Cour de comté dans *Anson c. Anson*, précité, à la p. 366:

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit de garantir l'intérêt de l'enfant par la répartition des droits et des devoirs relatifs à la garde entre les adultes concernés, il semble que la variété des ordonnances ne connaisse d'autre limite que celle de l'imagination des avocats et des juges. Les recueils de jurisprudence regorgent d'exemples. L'élément clef est cependant l'attribution de l'autorité résiduelle. Il semble qu'il soit trop tard pour soutenir que le terme «garde» doit être limité à la surveillance et aux soins matériels et que la tutelle doit être tenue pour le siège de l'autorité résiduelle, qui comprend la surveillance générale de l'éducation de l'enfant. Le sens large est implanté dans la loi fédérale et dans la jurisprudence ici et ailleurs. [Je souligne.]

Voir également *Clarke c. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176 (C.S.C.-B.).

Madame le juge Southin, dissidente sur ce point en Cour d'appel, a discuté en ces termes, à la p. 31, de la question de la garde sous le régime de la loi de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la loi de 1978 qui nous autorise à inférer que le législateur a voulu diminuer les pouvoirs des tuteurs tels qu'ils sont compris depuis longtemps. Il s'ensuit que, si l'ordonnance confiant la garde à Mme Young est confirmée, elle se voit accorder, aux termes de la Family Relations Act, le droit exclusif de fixer les règles relativement à toutes les questions touchant les enfants même pendant les périodes où elles sont avec leur père et que celui-ci exerce son droit d'accès.

Le parent qui n'a pas la garde conserve certains droits résiduels sur l'enfant, en tant que l'un de ses deux tuteurs naturels, entre autres le droit de demander au tribunal de modifier les modalités de garde et d'accès. Divers autres droits ont été recon-

common law, including, subject to the best interests of the child, the right to access, the right to contest the child's adoption, the right to claim guardianship of the person of the child upon the death of the custodial parent and the right to succeed to the child's property among others (see Maidment, *supra*, at p. 34; *Dussault v. Ladouceur*, *supra*; Law Reform Commission of Canada, report on *Family Law*, *supra*; Law Reform Commission of Canada, *The Custody, Care and Upbringing of Children of Divorcing Spouses*, 1973).

The traditional decision-making power of the custodial parent recognized by law is intimately connected to the welfare of the child, as the need for a secure and constant source of parental responsibility in the life of the child is well understood among those who are knowledgeable in the psychology of children. J. Goldstein, A. Freud and A. J. Solnit in *Beyond the Best Interests of the Child* (1979) identified three imperatives that must govern child placement decisions such as custody arrangements. Such decisions should: safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the child's, not the adult's, sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions (*supra*, at pp. 31, 40 and 49). The need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent, as it is the inability of the custodial parent to protect those interests sufficiently which poses the real threat to the welfare of the child. A custody award can thus be regarded as a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. In the words of B. M. Dickens, "The Modern Function and Limits of Parental Rights" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462, at p. 473 "the identification of who is allowed to decide is no less important in theory, and more important in practice, than how choice is to be exercised between options". (See also J. Goldstein, "In Whose Best Interest?", in R. S. Abella and C.

nus en common law sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant, notamment le droit d'accès, le droit de contester l'adoption de l'enfant, le droit de revendiquer la tutelle de l'enfant au décès du parent ayant la garde et le droit d'hériter des biens de l'enfant (voir Maidment, *op. cit.*, à la p. 34; *Dussault c. Ladouceur*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, *Le droit de la famille*, *op. cit.*; Commission de réforme du droit du Canada, *La garde, l'administration et l'éducation des enfants de parents qui divorcent*, 1973).

Le pouvoir décisionnel traditionnel du parent gardien, reconnu par la loi, est étroitement lié au bien-être de l'enfant, car le besoin d'une source sûre et constante de responsabilité parentale dans la vie de l'enfant est bien compris des spécialistes de la psychologie des enfants. J. Goldstein, A. Freud et A. J. Solnit ont défini, dans leur ouvrage *Beyond the Best Interests of the Child* (1979), trois impératifs qui doivent guider le tribunal appelé à trancher des questions relatives au placement de l'enfant, dont celle de la garde: voir à satisfaire le besoin de continuité de la relation de l'enfant; refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte; tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et des limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme (*op. cit.*, aux pp. 31, 40 et 49). Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde, car c'est l'incapacité du parent gardien de protéger suffisamment ces intérêts de l'enfant qui constitue la vraie menace pour son bien-être. On peut donc affirmer qu'en matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. Pour reprendre les paroles de B. M. Dickens, «The Modern Function and Limits of Parental Rights» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462, à la p. 473: [TRADUCTION] «déterminer qui a le droit de décider n'est pas moins important en théorie, et plus important en pratique, que la manière dont le choix doit s'opérer entre les options». (Voir aussi J. Goldstein, «In Whose Best Interest?», dans R. S.

L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), at p. 124.)

As Goldstein, Freud and Solnit stress, an important function of the law on divorce or separation is to reinforce the remainder of the family unit so that children may get on with their lives with as little disruption as possible. Courts are not in a position, nor do they presume to be able, to make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. That task must rest with the custodial parent, as he or she is the person best placed to assess the needs of the child in all its dimensions. In my view, this was eloquently expressed by Weatherston J. (later J.A.) in *McCahill v. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23 (Ont. S.C.), at pp. 23-24:

A child must know where its home is and to whom it must look for guidance and admonition and the person having custody and having that responsibility must have the opportunity to exercise it without any feeling by the infant that it can look elsewhere. It may be an unfortunate thing for the spouse who does not have custody that he or she does lose a great deal of the authority and indeed to some extent the love and affection of the child that might otherwise be gained, but this is one of the things which is inherent in separation and divorce. The parents cannot have it both ways. As I say, in my view, it is vitally necessary that the child know where its home is, to whom it is responsible and that there be no doubt in the mind of the child as to that. Within those limits, the parent who does not have custody should, of course, have access to the child under terms which are as reasonably generous as possible, but without interfering with that basic responsibility on the parent having custody. [Emphasis added.]

Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must, indeed it can do no more than, presume that that parent will act in the best interests of the child. As the New Brunswick Court of Appeal stated in *Fougere v. Fougere* (1987), 77 N.B.R. (2d) 381, at p. 384:

Once courts award custody they must, in our view, support the custodial parent in that parent's reasonable efforts to bring up the children, including the right of

Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), à la p. 124.)

Comme le soulignent Goldstein, Freud et Solnit, une fonction importante des lois en matière de divorce ou de séparation vise le renforcement de ce qui reste de la cellule familiale, de sorte que les enfants puissent reprendre leur vie et subir le moins de perturbations possible. Les tribunaux ne sont pas en mesure, ni ne prétendent l'être, de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. C'est au parent gardien que revient cette tâche, car il est le mieux placé pour évaluer les besoins de l'enfant dans toutes ses dimensions. À mon avis, dans l'affaire *McCahill c. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23 (C.S. Ont.), aux pp. 23 et 24, le juge Weatherston (plus tard juge de la Cour d'appel) a exprimé cette idée de façon éloquentte:

[TRADUCTION] Un enfant doit savoir où est son foyer et de qui doivent venir les conseils et les réprimandes, et la personne qui a la garde et à qui incombe cette responsabilité doit avoir la possibilité de s'en acquitter sans que l'enfant ait l'impression qu'il peut se tourner vers quelqu'un d'autre. Il est peut-être malheureux pour l'époux qui n'a pas la garde de perdre, en grande partie, son autorité et, en fait, jusqu'à un certain point, l'amour et l'affection de l'enfant qu'il pourrait autrement s'attirer, mais c'est un aspect inhérent de la séparation et du divorce. Les parents ne peuvent pas gagner sur les deux tableaux. Je le répète, il est absolument nécessaire à mon sens que l'enfant sache où est son foyer, à qui il doit rendre des comptes et qu'il n'y ait aucun doute là-dessus dans son esprit. A l'intérieur de ces limites, le parent qui n'a pas la garde doit, bien sûr, avoir accès auprès de l'enfant à des conditions aussi généreuses qu'il est raisonnablement possible, mais sans s'immiscer dans cette responsabilité fondamentale du parent gardien. [Je souligne.]

Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit et, en réalité, il ne peut rien faire de plus, présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant. Ainsi que le note la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Fougere c. Fougere* (1987), 77 R.N.-B. (2d) 381, à la p. 384:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que les tribunaux, une fois qu'ils ont accordé la garde, se doivent d'appuyer les efforts que fait le parent gardien pour élever

the custodial parent to decide questions relating to the religious upbringing of the children.

As has been widely observed by those studying the nature and sources of changes in family institutions, popular notions of parenthood and parenting roles have undergone a profound evolution both in Canada and elsewhere in the world in recent years (see generally M. A. Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (1991); L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (1985); J. Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", in B. Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family* (1988); C. Smart and S. Sevenhuijsen, *Child Custody and the Politics of Gender* (1989), and S. B. Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?", in K. Busby, L. Fainstein and H. Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990)). One of the central tenets of this new vision is that child care both is no longer and should no longer be exclusively or primarily the preserve of women. Society has largely moved away from the assumptions embodied in the tender years doctrine that women are inherently imbued with characteristics which render them better custodial parents (for a discussion, see D. L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477). Moreover, both economic necessity and the movement toward social and economic equality for women have resulted in an increase in the number of women in the paid workforce. Many people have tended to assume that a natural result of this change would be the concurrent sharing of household and childcare responsibilities with spouses, companions and, of course, fathers. In addition, the increased emphasis on the participation of fathers in the raising of children and financial support after divorce gave rise to claims by fathers and fathers' rights groups for legislative changes that would entitle them to the benefit of neutral presumptions in custody decisions.

les enfants, y compris dans le droit de ce parent à décider des questions relatives à l'éducation religieuse des enfants.

Comme le font observer généralement ceux qui étudient la nature et les sources des changements dans les institutions familiales, les notions populaires de paternité, de maternité et de rôles des parents ont connu au cours des dernières années une profonde évolution au Canada et ailleurs dans le monde (voir, de façon générale, M. A. Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (1991); L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (1985); J. Drakich, «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody», dans B. Fox, dir., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family* (1988); C. Smart et S. Sevenhuijsen, *Child Custody and the Politics of Gender* (1989), et S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», dans K. Busby, L. Fainstein et H. Penner, dir., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990)). Selon l'un des préceptes au cœur de cette nouvelle façon de voir, le soin des enfants n'est plus et ne devrait plus être réservé exclusivement ni principalement aux femmes. La société s'est largement écartée des présomptions incarnées dans la doctrine relative aux enfants en bas âge selon lesquelles les femmes sont dotées de qualités inhérentes qui les rendent plus aptes à s'occuper des enfants (pour une analyse, voir D. L. Chambers, «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477). Au surplus, tant les nécessités économiques que la tendance vers l'égalité sociale et économique des femmes ont entraîné une augmentation du nombre des femmes sur le marché du travail. Nombre de gens ont eu tendance à supposer que ce changement amènerait naturellement les époux, les compagnons et, bien sûr, les pères à partager les tâches ménagères et le soin des enfants. En outre, l'accent croissant mis sur la participation des pères à l'éducation des enfants et aux obligations alimentaires après le divorce a conduit des pères et des groupements de pères à revendiquer des modifications législatives qui leur accorderaient le bénéfice de présomptions neutres dans les litiges en matière de garde.

A corollary of the acceptance of neutral parenting roles is the notion that children after divorce need to maintain contact with both parents. It is now widely assumed to be self-evident in the child's best interests to ensure the non-custodial parent's involvement in the life of the child. One result of these changes has been the emergence of joint custody awards which are predicated explicitly on equality of parental responsibilities and the belief that children's interests are served by maximizing the involvement of both parents in decisions concerning the child.

The custody provisions of the Act reflect, to some degree, this evolving view of parental roles. Under the best interests test, courts no longer automatically grant custody according to the tender years doctrine. Instead, decisions are made according to the best interests of the child without the benefit of a presumption in favour of the mother, or, for that matter, the father. Subsection 16(4) of the Act, for the first time, specifies that a court may make joint custody orders. Subsection 16(10) of the Act contains the "friendly parent" rule which directs courts when granting custody to take into account the willingness of the parent seeking custody to maximize the contact of the other parent with the child of the marriage. It is clear, then, that the Act envisages contact between the child and each of its parents as a worthy goal which should be, all other things being equal, in the best interests of the child. This is a value which courts have always recognized in generally granting generous access to the non-custodial parent.

Wood J.A., however, has interpreted the Act as reflecting significant changes to the traditional law of custody and access. More specifically, he expressed the view that s. 16(10) of the Act indicates a desire on the part of Parliament to enlarge the concept of access beyond its traditional scope. Therefore, according to him, the traditional deci-

L'acceptation de rôles neutres pour les parents emporte comme corollaire la notion que les enfants ont, après le divorce, besoin de maintenir le contact avec leurs deux parents. Il est désormais acquis, au point d'être l'évidence même, qu'il y va du meilleur intérêt de l'enfant que le parent qui n'a pas la garde s'implique dans sa vie. Ces changements ont conduit, entre autres, à l'émergence d'ordonnances de garde partagée qui reposent explicitement sur l'égalité des responsabilités parentales et sur la croyance que la maximisation de la participation des deux parents dans les décisions concernant les enfants sert leur meilleur intérêt.

Les dispositions de la Loi touchant la garde reflètent, dans une certaine mesure, cette évolution de la mentalité en ce qui a trait aux rôles des parents. Selon le critère du meilleur intérêt, les tribunaux ne confient plus automatiquement la garde sur la base de la théorie relative aux enfants en bas âge. Ils prennent plutôt en considération le meilleur intérêt de l'enfant sans faire jouer de présomption en faveur de la mère ou, quant à cela, en faveur du père. Le paragraphe 16(4) de la Loi, pour la première fois, précise que le tribunal peut rendre une ordonnance de garde partagée. Le paragraphe 16(10) énonce la règle du «parent animé de bonnes intentions» selon laquelle le tribunal doit tenir compte, dans l'attribution de la garde, du fait que la personne qui demande la garde est disposée ou non à maximiser la communication entre l'enfant et l'autre parent. Il est donc clair que la Loi fait du maintien du contact entre l'enfant et chacun de ses parents un objectif louable qui doit, toutes choses égales par ailleurs, favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. C'est là une valeur que les tribunaux ont toujours reconnue en confiant généralement un généreux droit d'accès au parent qui n'a pas la garde.

Le juge Wood de la Cour d'appel, cependant, a interprété la Loi comme reflétant des changements importants dans les règles traditionnelles du droit en matière de garde et d'accès. Plus précisément, il a exprimé l'avis que le par. 16(10) de la Loi indique la volonté du législateur d'élargir le concept d'accès au delà de sa portée traditionnelle. Par

sion-making power of custodial parents has been curtailed by s. 16 which, taken as a whole, requires a distribution of rights between the parents.

To that end, Wood J.A. relies on the views expressed about the nature of custody in the English decision of *Dipper v. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722, as approximating the philosophy found in the Act. In that case, the English Court of Appeal held at p. 733:

... it [is] a fallacy which continues to raise its ugly head that, on making a custody order, the custodial parent has a right to take all the decisions about the education of the children in spite of the disagreements of the other parent. That is quite wrong. The parent is always entitled, whatever his custodial status, to know and be consulted about the future education of the children and any other major matters. If he disagrees with the course proposed by the custodial parent he has the right to come to the court in order that the difference may be determined by the court.

The "right to know" is, of course, embodied in the Act, but the "right to be consulted" and to have disagreements aired in Court is not. The only ground set out in the Act on which to contest a decision of the custodial parent is to show that the decision is contrary to the best interests of the child. Courts in Canada have never adopted the view that the custodial parent's decisions are subject to the approval of the non-custodial parent, and that such disagreements must be resolved in court.

Furthermore, in my view, there is nothing in the Act which mandates such a reversal in the philosophy of custody as held up to now. The Law Reform Commission of Canada, report on *Family Law*, *supra*, on which the Act is based, defines custody at p. 46 in the following manner:

4.4 "Custody" has several legal meanings. It stands for the whole collection of legal powers (many of which connote parental obligations as much as "rights") of fathers and mothers over their children: the power to

conséquent, d'après lui, le pouvoir traditionnel des parents gardiens a été réduit par l'art. 16, qui, pris dans son ensemble, exige une répartition des droits entre les parents.

À cet égard, le juge Wood s'appuie sur le point de vue exprimé par la Cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Dipper c. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722, au sujet de la nature de la garde qui, selon lui, se rapproche de la philosophie sous-jacente à la Loi. Dans cette affaire, le tribunal anglais affirme à la p. 733:

[TRADUCTION] ... c'est une erreur qui fait sans cesse sa réapparition que de croire que, lorsqu'une ordonnance de garde est rendue, le parent qui a la garde a le droit de prendre toutes les décisions concernant l'éducation des enfants malgré la désapprobation de l'autre parent. C'est tout à fait faux. Tout parent a toujours le droit, peu importe sa situation juridique quant à la garde, de se faire donner des renseignements et d'être consulté au sujet de l'éducation des enfants et de toute autre question importante. S'il n'approuve pas la ligne de conduite suivie par le parent gardien, il a le droit de demander au tribunal de trancher le différend.

Le «droit de se faire donner des renseignements» est, bien entendu, inscrit dans la Loi mais le «droit d'être consulté» et de saisir le tribunal du désaccord ne l'est pas. La Loi ne prévoit qu'un seul motif pour lequel les décisions du parent gardien peuvent être contestées, soit la preuve qu'elles sont contraires au meilleur intérêt de l'enfant. Les tribunaux canadiens n'ont jamais adopté le point de vue selon lequel les décisions du parent gardien doivent être approuvées par l'autre parent et selon lequel ces désaccords doivent être réglés par les tribunaux.

Par surcroît, à mon avis, la Loi n'a pas pour effet d'opérer un tel revirement de la philosophie qui a prévalu jusqu'à maintenant en matière de garde. Dans son rapport, *Le droit de la famille*, *op. cit.*, dont s'inspire la Loi, la Commission de réforme du droit du Canada définit la garde aux pp. 50 et 51 en ces termes:

4.4 Le terme de «garde» a plusieurs sens en droit. Il représente tout l'ensemble des pouvoirs juridiques (dont plusieurs dénotent des obligations parentales autant que des «droits») que les pères et mères ont sur leurs

raise and control the child, to determine the nature and amount of the child's education, to determine his or her religious upbringing, to administer the child's property, to grant or withhold consent to the marriage of an underage child, to apply to the courts on his or her behalf, and so on. In its narrower sense, it means simply "care and upbringing" or, to use a more vivid but unfortunate phrase, "possession".

4.5 Where custody is granted to one parent, the courts afford the other the right to "reasonable access" — usually worked out between the parents, but where they cannot agree, as directed by the judge.

This description of custody mirrors the traditional elements of parental authority and in no way suggests a blending of the rights of the access parent with those of the custodial parent. While the Act specifies that access is a value to be preserved, the objective in s. 16(10) that a child have "as much contact with each spouse" is immediately qualified by the proviso "as is consistent with the best interests of the child" (emphasis added). Thus, it is clear that maximum contact is not an unbridled objective, and that it must be curtailed whenever the welfare of the child requires it. The best interests of the child remain the prism through which all other considerations are refracted.

Professor Payne, in *Payne on Divorce, supra*, at p. 144, shares the view that the access provisions in the Act do not confer any authority on the non-custodial parent to participate in the major decisions of a child's life. Rather, s. 16(5) of the Act provides that "[u]nless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child". It does not mandate that the custodial parent consult with the access spouse when making such decisions with respect to the child. (See also *Anson v. Anson, supra*). Custody as defined in s. 2(1) of the Act "includes care, upbringing and any other incident of custody". Payne states at pp. 145-46:

enfants; le pouvoir d'élever et de surveiller l'enfant, de déterminer la nature et l'étendue de son éducation, de déterminer son éducation religieuse, d'administrer ses biens, d'accorder ou de refuser le consentement au mariage d'un enfant mineur, de plaider en son nom devant les tribunaux, etc. Dans un sens plus restreint, le terme signifie simplement «l'entretien et l'éducation» ou, pour utiliser un terme malencontreux mais qui fait image, la «possession».

4.5 Lorsque la garde est accordée à l'un des parents, les tribunaux accordent à l'autre un «droit de visite raisonnable»; les modalités en sont généralement établies par les parents ou, à défaut d'accord entre les parents, par le juge.

Cette définition de la garde reprend les éléments traditionnels de l'autorité parentale et ne suggère aucunement la fusion des droits du parent qui a un droit d'accès et de ceux du parent gardien. Certes, la Loi précise que l'accès est une valeur à préserver, mais l'objectif, énoncé au par. 16(10), que l'enfant doit avoir «avec chaque époux le plus de contact» est immédiatement tempéré par la réserve «compatible avec son propre intérêt» (je souligne). De toute évidence, le contact maximum n'est donc pas un objectif absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige. Le meilleur intérêt de l'enfant reste le prisme à travers duquel tous les autres facteurs doivent être examinés.

Dans *Payne on Divorce, op. cit.*, à la p. 144, le professeur Payne est, lui aussi, d'avis que les dispositions de la Loi relatives à l'accès n'attribuent pas au parent qui n'a pas la garde le droit de participer aux décisions importantes dans la vie d'un enfant. Le paragraphe 16(5) de la Loi dispose plutôt que «[s]auf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant». Il ne prescrit pas que le parent gardien consulte l'autre parent avant de prendre ces décisions touchant l'enfant. (Voir aussi *Anson c. Anson*, précité.) Suivant la définition du terme «garde» au par. 2(1) de la Loi, «[s]ont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache.» Payne écrit, aux pp. 145 et 146:

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of “custody” and “accès” in subsection 2(1) of the Act, apparently preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. The word “includes” in the definition of custody necessarily implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in subsection 2(1) . . . The opinions expressed in *Kruger v. Kruger, supra*, have thus been statutorily endorsed by the *Divorce Act, 1985*. Consequently, in the absence of a successful application to vary an unqualified sole custody disposition with respect to all or any of the incidents of custody, the non-custodial spouse with access privileges is a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child’s welfare, growth and development. This remains true notwithstanding that subsection 16(10) of the *Divorce Act, 1985* provides that the court shall promote “maximum contact” between the child and the non-custodial parent to the extent that this is consistent with the best interests of the child. [Emphasis added.]

I could not agree more, given the wording of the Act itself and the generally accepted view of custody both before and since its enactment. The Act neither suggests nor requires the division of parental responsibilities between the custodial and access parent. If Parliament had intended such a result, it would have used much clearer and less ambiguous language.

It goes without saying that I do not share the assertion of my colleague that “the proposition, put to us in argument, that the custodial parent should have the right to forbid certain types of contact between the access parent and the child, must fail” (p. 119). The proposition is not one of “rights”; it is one of duty and obligation to the child’s best interests. For example, a custodial parent, aware of sexual or other abuse by the non-custodial parent would be remiss in his or her duty to the child not to cut off access by the abuser immediately, with or without a court order. One cannot stress enough that it is from the perspective of the child’s interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the “rights” of the parent are not a criterion.

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* et, en particulier, les définitions des termes «garde» et «accès» au par. 2(1) de la Loi interdisent apparemment aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. L’expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique nécessairement que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [. . .] Les opinions émises dans l’arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, ont donc été sanctionnées dans la *Loi de 1985 sur le divorce*. En conséquence, en l’absence d’ordonnance modificative de l’ordonnance confiant la garde inconditionnellement à l’un des parents, par rapport à la totalité ou à l’un des éléments de la garde, l’époux qui n’a pas la garde mais un droit d’accès n’est qu’un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l’enfant. C’est vrai même si le par. 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce* porte que le tribunal doit favoriser le maximum de contact entre l’enfant et le parent qui n’a pas la garde, dans la mesure où cela est compatible avec l’intérêt de l’enfant. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d’accord, compte tenu du texte de la Loi et du courant de pensée général sur la garde avant l’adoption de la Loi et depuis lors. La Loi ne suppose ni n’exige la division des responsabilités parentales entre les parents. Si le législateur avait voulu ce résultat, il aurait utilisé un langage beaucoup plus clair et moins ambigu.

Il va sans dire que je ne souscris pas à l’affirmation de ma collègue, lorsqu’elle dit qu’«il faut rejeter l’argument selon lequel celui des parents qui a la garde devrait avoir le droit d’interdire certains types de contact entre l’enfant et celui qui a un droit d’accès» (p. 119). Il ne s’agit pas, en l’occurrence, de «droits», mais bien de devoir et d’obligation dans l’intérêt de l’enfant. Par exemple, le parent gardien, sachant que le parent qui n’a pas la garde se livre à des agressions sexuelles ou autres, manquerait à son devoir envers l’enfant s’il ne mettait pas fin immédiatement au droit d’accès du coupable, avec ou sans ordonnance judiciaire. On ne saurait trop insister sur le fait que c’est dans l’optique de l’intérêt de l’enfant qu’il convient d’évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d’un parent n’entrent pas en ligne de compte.

The arguments in favour of increased authority over the child by the access parent are closely related to those which support a presumption in favour of joint custody (see J. Folberg, "Joint Custody", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *supra*, at p. 185). They rest on the premise that the relationship of authority and obligation that existed between each of the parents and the child during the marriage should and can continue, despite the fact that the parents may no longer be willing or able to cooperate on its exercise. While joint custody may remain an ideal solution in proper cases, particularly when parents are willing and able to cooperate, such premises are often based on illusion rather than reality and may, in the words of Thorson J.A., amount to "a triumph of optimism over prudence" (*Kruger v. Kruger*, *supra*, at p. 681).

Unlike in other jurisdictions, the Act contains no presumption in favour of joint custody. Nor have Canadian courts generally accepted the view that joint custody is to be preferred in judicial orders as to custody and access. Beside the fact that the term "joint custody" is a misnomer (see C. L'Heureux-Dubé, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835), courts have demonstrated a strong hesitation to making joint custody orders, since in those custody disputes which end up before the courts, the animosity between parents does not generally favour such dispositions. Thorson J.A. observed in *Kruger v. Kruger*, *supra*, at p. 678 that:

Above all, [joint custody] requires a willingness by both parents to work together to ensure the success of the arrangement. Such a willingness must be sincere and genuine; *by its very nature it is not something that can be imposed by a Court* on two persons, one or both of whom may be unwilling or reluctant to accept it in all its implications. Like marriage itself if it is to succeed, it is an arrangement that has to be worked out by two persons who are determined, or their own will and in good faith, to make it work. [Emphasis in original.]

Les arguments qui favorisent une autorité accrue sur l'enfant au profit du parent qui a un droit d'accès se rattachent de près à ceux qui appuient l'adoption d'une présomption favorisant la garde partagée (voir J. Folberg, «Joint Custody», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *op. cit.*, à la p. 185). Ils sont fondés sur la prémisse que la relation d'autorité et d'obligation qui existait entre chacun des parents et l'enfant durant le mariage doit et peut continuer, en dépit du fait que les parents ne sont peut-être plus disposés à coopérer pour l'exercer, ou capables de le faire. Certes, la garde partagée peut demeurer la solution idéale dans les cas qui s'y prêtent, surtout si les parents sont prêts à coopérer et capables de le faire, mais de telles prémisses reposent souvent sur une illusion et non sur la réalité, et elles peuvent, pour citer le juge Thorson, représenter le [TRADUCTION] «triomphe de l'optimisme sur la prudence» (arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, à la p. 681).

Contrairement à ce qui est le cas ailleurs, la Loi ne contient aucune présomption en faveur de la garde partagée. Les tribunaux canadiens n'ont pas non plus accepté, en général, l'idée qu'il faille préférer la garde partagée lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance de garde et d'accès. Outre le fait que le terme anglais «*joint custody*» est impropre (voir C. L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835), les tribunaux se sont révélés très hésitants à rendre des ordonnances de garde partagée parce que, dans les instances qui aboutissent devant eux, ces ordonnances sont généralement contre-indiquées en raison de l'animosité entre les parents. Dans l'arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, à la p. 678, le juge Thorson fait observer:

[TRADUCTION] Par-dessus tout, [la garde partagée] suppose que les deux parents veuillent bien collaborer afin d'assurer le succès de l'entente. Cette bonne volonté doit être sincère et authentique; *par nature, cette solution ne saurait être imposée par le tribunal* aux deux personnes si l'une d'elles ou si toutes deux ne sont pas disposées ou rechignent à l'accepter avec toutes ses conséquences. Comme le mariage lui-même, cet arrangement ne peut réussir que s'il est arrêté par deux personnes déterminées à le faire réussir, de leur plein gré et de bonne foi. [En italique dans l'original.]

When parents are willing and able to share parenting responsibilities, they usually do so by agreement, which courts generally uphold (*Kruger v. Kruger, supra; Baker v. Baker, supra; Keyes v. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177 (N.S.C.A.); *Dussault v. Ladouceur, supra; Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651 (Que. C.A.)). Courts are also reluctant to interfere with shared parenting arrangements that have survived for a period of time after parental separation or divorce (see J. D. Payne and B. Edwards, “Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective” (1989), 11 *Advocates’ Q.* 1, at pp. 13-15; S. M. Holmes, “Imposed Joint Legal Custody: Children’s Interests or Parental Rights?” (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300).

But the reality of divorce and the circumstances of the parties cannot easily be dismissed. When implementing the objectives of the Act, whether considering joint custody or fashioning access orders, courts, in my view, must be conscious of the gap between the ideals of shared parenting and the social reality of custody and childcare decisions. Despite the neutrality of the Act, forces such as wage rates, job ghettos and socialization about care giving still operate in a manner that cause many women to “choose” to take on the care giving role both during marriage and after divorce. Hence, “we remain a good distance away from the kind of equality which would make decisions between mothers and fathers as to who is going to leave the workforce to care for young children truly gender neutral” (S. B. Boyd, “Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?”, *supra*, at p. 76; S. B. Boyd, “Child Custody Law and the Invisibility of Women’s Work” (1989), 96 *Queen’s Q.* 831). Moreover, research uniformly shows that men as a group have not yet embraced responsibility for childcare. The vast majority of such labour, both before and after divorce, is still performed by women, whether those women work outside the home or not, and women remain the sole custodial parent in the majority of cases by mutual consent of the parties (see *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*, at p. 99; J. Drakich,

Quand les parents sont disposés à partager les responsabilités parentales, et capables de le faire, ils concluent habituellement un accord, que le tribunal approuve généralement (*Kruger c. Kruger; Baker c. Baker*, précités; *Keyes c. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177 (C.A.N.-É.); *Dussault c. Ladouceur*, précité; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651 (C.A. Qué.)). Les tribunaux hésitent, en outre, à modifier les accords de garde partagée qui ont survécu durant un certain laps de temps après la séparation ou le divorce (voir J. D. Payne et B. Edwards, «Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective» (1989), 11 *Advocates’ Q.* 1, aux pp. 13 à 15; S. M. Holmes, «Imposed Joint Legal Custody: Children’s Interests or Parental Rights?» (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300).

Mais la réalité du divorce et la situation des parties ne peuvent être facilement écartées. Lorsqu’ils mettent en œuvre les objectifs de la Loi, que ce soit en envisageant la garde partagée ou en concevant une ordonnance d’accès, les tribunaux doivent, à mon sens, être conscients de l’écart entre l’idéal du partage des tâches parentales et la réalité sociale des décisions en matière de garde et de soin des enfants. Malgré la neutralité de la Loi, des forces telles que les taux de rémunération, les ghettos du marché de l’emploi et la socialisation des soins agissent encore de manière à amener nombre de femmes à «choisir» de se charger du soin des enfants durant le mariage et après le divorce. C’est pourquoi [TRADUCTION] «nous sommes encore loin du type d’égalité qui ferait en sorte qu’absolument aucune distinction de sexe ne joue lorsque les pères et les mères décident qui va laisser son emploi pour s’occuper des jeunes enfants» (S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*, à la p. 76; S. B. Boyd, «Child Custody Law and the Invisibility of Women’s Work» (1989), 96 *Queen’s Q.* 831). En outre, les études montrent uniformément que les hommes, en tant que groupe, n’ont pas encore assumé la responsabilité du soin des enfants. Dans une très grande majorité de cas, ce sont les femmes qui accomplissent toujours ces tâches, tant avant qu’après le divorce, qu’elles occupent un emploi rémunéré ou non, et les femmes obtiennent la

“In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood” (1989), 3 *C.J.W.L.* 69). Nor does a joint custody order in most cases result in truly shared custody. Rather, in day-to-day practice, joint custody tends to resemble remarkably sole custody, as in many such orders care and control remain with one person (C. J. Richardson, *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results* (1988), at p. 35; S. B. Boyd, “Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?”, *supra*, at p. 72; M. Fineman, “Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking” (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727). The person who has performed the primary care giving role within the marriage as a rule retains that obligation upon separation and divorce. Thus, the lived experience of childcare for both women and children after divorce has changed much less than we might suppose or wish. As J. D. Payne and B. Edwards advise, “[i]n light of such empirical data, which encompass the *Divorce Act* of 1968 and the *Divorce Act, 1985*, popular assumptions that public attitudes towards sexual stereotyping and parenting roles after divorce have undergone radical change must be viewed with caution” (“Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective”, *supra*, at p. 8. See also F. Furstenberg and A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), at p. 74).

Since in the present case, the respondent requested joint custody at trial but abandoned this claim on appeal and since his claim for joint guardianship also failed, it is not necessary to labour the point. One can only note that the trial judge made a finding of fact that the respondent

garde exclusive dans la majorité des cas par consentement mutuel (voir *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*, à la p. 111; J. Drakich, «In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood» (1989), 3 *R.J.F.D.* 69). Et même en cas d’ordonnance de garde partagée, dans la plupart des cas il n’y a pas de véritable partage de la garde. Dans la vie quotidienne, la garde partagée a plutôt tendance à ressembler remarquablement à la garde exclusive, car on a observé qu’en ce qui concerne bon nombre d’ordonnances de ce type, les soins et la surveillance sont le lot d’une seule personne (C. J. Richardson, *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche* (1988), à la p. 32; S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*, à la p. 72; M. Fineman, «Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727). La personne qui s’est chargée principalement de pourvoir au soin des enfants durant le mariage continue, en règle générale, d’assumer ce rôle après la séparation et le divorce. En conséquence, la réalité vécue par les femmes et les enfants sur le plan du soin des enfants après le divorce a changé beaucoup moins que nous pourrions le supposer ou le souhaiter. Comme le préconisent J. D. Payne et B. Edwards, [TRADUCTION] «[v]u ces données, qui se rapportent tant à la *Loi sur le divorce* de 1968 qu’à la *Loi de 1985 sur le divorce*, il y a lieu de considérer avec circonspection les hypothèses populaires selon lesquelles les attitudes du public à l’égard des stéréotypes sexuels et des rôles des parents après le divorce ont changé radicalement» («Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective», *loc. cit.*, à la p. 8. Voir aussi F. Furstenberg et A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), à la p. 74).

Comme, en l’espèce, l’intimé a demandé la garde partagée au procès mais a abandonné sa revendication en appel et que sa demande de tutelle conjointe a également été rejetée, il n’est pas nécessaire de s’étendre sur ce point. On peut seulement faire remarquer que le juge de première

desired custody simply in order to control the religious upbringing of the children.

Support for the decisions of the custodial parent in the discharge of his or her responsibilities remains crucial if the child is to flourish. The conferral of decision-making authority on the custodial parent acknowledges and reflects the actual day-to-day reality of this task. It is well documented that the single parent bearing primary responsibility for the care of children often labours under increased social, economic and emotional burdens that far exceed those of the intact family. That burden is acutely felt by the children, who typically experience a myriad of hardships in this situation (see M. Grassby, "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369). These may include a reduction in the standard of living, fewer resources for discretionary activities such as sports, artistic and leisure activities, frequent changes of residence, disruptions of friendships and often less parental attention, as the custodial parent is commonly required to devise new ways of fulfilling continuing needs with diminished resources. In the face of the enduring tasks and obligations of the custodial parent, courts must be wary of any expansion of the traditional rights of the non-custodial parent. The clear risk is that such changes will simply reduce the decision-making power of the custodial parent, without any parallel reduction in the responsibilities. This creates no benefit, and may amount to pure disturbance, both to the women who, as a rule, provide the primary care and to the children who must function within such a regime.

The perception that upholding the authority of the custodial parent emphasizes the rights of the parent at the expense of the interests of the child misconceives the problem. It is precisely to ensure the best interests of the child that the decision-making power is granted to the custodial parent, as that person is uniquely situated to assess, understand, ensure and promote the needs of the child. This, of course, is also consistent with the fact that

instance a conclu des faits que l'intimé voulait la garde simplement pour contrôler l'éducation religieuse des enfants.

^a Appuyer les décisions du parent chargé de la garde qui assume ses responsabilités reste essentiel à l'épanouissement de l'enfant. Attribuer le pouvoir décisionnel au parent gardien, c'est reconnaître et refléter la réalité quotidienne de cette tâche. Est bien documenté le fait que la vie des familles monoparentales, du point de vue social, économique et affectif, est souvent beaucoup plus pénible que celle des familles intactes. Ce fardeau est ressenti par les enfants, qui, dans une telle situation, connaissent habituellement de nombreuses difficultés (voir M. Grassby, «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 R.F.L. (3d) 369). Ces difficultés sont, notamment, la baisse du niveau de vie, la diminution des ressources à consacrer aux dépenses discrétionnaires, par exemple, pour les sports, les arts et les loisirs, les déménagements fréquents, les amitiés brisées et souvent la réduction des soins du parent, car ce dernier est couramment obligé de trouver de nouvelles façons de satisfaire des besoins toujours aussi grands avec moins de ressources. Étant donné les tâches et les obligations persistantes du parent gardien, les tribunaux doivent beaucoup hésiter à étendre les droits traditionnels du parent qui n'a pas la garde. Pareille extension risquerait nettement de réduire simplement le pouvoir décisionnel du parent gardien, sans diminuer d'autant ses responsabilités. Elle n'offre aucun avantage et ne peut qu'amener des perturbations, tant pour les femmes qui, en règle générale, s'occupent principalement des enfants, que pour les enfants qui doivent se plier à ce régime.

Percevoir le maintien de l'autorité du parent gardien comme un accroissement des droits du parent aux dépens de l'intérêt de l'enfant c'est mal concevoir le problème. C'est précisément dans le but de protéger l'intérêt de l'enfant que le tribunal attribue le pouvoir décisionnel au parent gardien car celui-ci est exceptionnellement bien placé pour évaluer, comprendre, garantir et favoriser les besoins de l'enfant. Cela est aussi, bien sûr, com-

the custodial parent bears both the legal obligation to care for the child and the legal liability for the child's acts.

As a practical matter, the unending litigation occasioned by disputes over parental authority exacts a financial cost that few custodial parents can bear. It is no secret that the vast majority of such parents are women. As emphasized in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, women are often severely disadvantaged economically upon separation and divorce. Both women and, of necessity, the children under their care often suffer a dramatic fall in the standard of living upon divorce. The cost of ongoing litigation can only exacerbate this decline by diverting whatever scarce resources exist away from day-to-day needs of the remaining family.

As I stated at the outset, the custodial parent remains the decision-maker in all aspects of the child's life. It is to avoid the spectre of the child as the field upon which the battle of competing parental rights is played out that the law confirms the authority of the custodial parent. This policy serves two functions: it precludes such contests entirely and it provides the necessary support to the parent who bears the responsibility for the child. The wisdom of this approach lies in recognizing the ease with which the interests of the child could be obscured or forgotten were courts to get into the business of parcelling out jurisdiction over the emotional, spiritual and physical welfare of the child between parents who no longer agree. This brings us to the heart of this case, a consideration of the nature of access.

Access

As indicated previously, the Act specifies the powers of courts in matters of access. Under s. 16(6), the trial judge possesses broad discretion to "impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith" as he or she thinks "fit and just". However, that discretion is to be exercised strictly from the perspective of the inter-

patible avec le fait que le parent gardien doit à la fois s'acquitter de l'obligation légale de s'occuper de l'enfant et assumer la responsabilité des actes de cet enfant.

a

En pratique, les litiges sans fin causés par les désaccords sur l'exercice de l'autorité parentale occasionnent des frais que peu de parents gardiens peuvent supporter. Personne n'ignore que, dans la vaste majorité des cas, ces parents sont des femmes. Comme on le souligne dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, les femmes sont souvent grandement désavantagées sur le plan financier au moment de la séparation et du divorce. Tant les femmes que, cela va de soi, les enfants dont elles s'occupent, subissent souvent une baisse radicale de leur niveau de vie après le divorce. Le coût de litiges interminables ne peut qu'amplifier cette baisse, en accaparant les rares ressources susceptibles d'être consacrées aux besoins quotidiens du reste de la famille.

Comme je l'ai dit au début, c'est au parent qui a la garde qu'il revient de prendre les décisions concernant tous les aspects de la vie de l'enfant. C'est pour éviter que l'enfant ne devienne l'enjeu que se disputent les parents pour faire valoir leurs droits, que la loi confirme l'autorité du parent qui en a la garde. Cette politique législative vise deux objectifs: prévenir de telles disputes et accorder l'appui nécessaire au parent qui assume la responsabilité de l'enfant. La sagesse de cette approche réside dans la reconnaissance de la facilité avec laquelle l'intérêt de l'enfant pourrait être masqué ou oublié si les tribunaux s'avisait de partager entre des parents qui sont en désaccord le pouvoir relatif au bien-être affectif, moral et physique de l'enfant. Voilà qui nous amène au cœur du présent litige, soit la nature de l'accès.

L'accès

Comme je l'ai indiqué précédemment, la Loi précise les pouvoirs des tribunaux en matière d'accès. Aux termes du par. 16(6), le juge du procès possède un large pouvoir discrétionnaire pour imposer les «modalités ou restrictions» qu'il estime «justes et appropriées». Ce pouvoir discrétionnaire, cependant, doit être exercé strictement

ests of the child, as s. 16(8) requires courts to “take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child”. Section 16(5) confers on a parent granted access, again subject to the discretion of the judge, the right to be informed about the child. Finally, s. 16(10) directs courts to give effect to the principle that “a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child”.

I am in agreement with my colleague that s. 16(10) indicates that Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable. On the other hand, it must also be recognized that the goal of maximum contact is not absolute and that access may be restricted where there is evidence that such contact would otherwise conflict with the best interests of the child. This limitation on maximum contact is both abundantly clear on a straightforward reading of the section and consistent with the spirit of the Act and its focus on the best interests of the child. In my view, the analysis may and should stop at this point. However, the Court of Appeal adopts quite a different test, that of “real psychological or physical harm” as the proper criterion which should govern access. Given McLachlin J.’s assertion, at p. 127, that:

The majority of the Court of Appeal, by contrast, saw the matter less in terms of the custodial parent’s “right” to decide all religious matters affecting the children, and more in terms of the best interests of the children. Unfettered by notions of the custodial parent’s rights, the majority of the Court of Appeal asked simply what was in the best interests of the child.

Thus, for the majority in the Court of Appeal, the prime concern was the best interests of the child.

I find it useful to contrast such analysis with what, in fact Wood J.A., for the majority of the Court of Appeal, said in the following extract:

at p. 98:

en fonction du meilleur intérêt de l’enfant, le par. 16(8) exigeant que les tribunaux «ne [tiennent] compte que de l’intérêt de l’enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation». Le paragraphe 16(5) confère au parent obtenant un droit d’accès, sous réserve encore là du pouvoir discrétionnaire du juge, le droit d’obtenir des renseignements sur l’enfant. Enfin, le par. 16(10) prescrit aux tribunaux d’appliquer le principe selon lequel «l’enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt».

Je suis d’accord avec ma collègue pour dire que le législateur, au par. 16(10), s’est exprimé sur la valeur du contact avec chacun des parents. Par ailleurs, on doit aussi reconnaître que l’objectif de favoriser un maximum de contact n’est pas absolu, et que l’accès peut être restreint lorsqu’il est établi que ce contact serait par ailleurs contraire au meilleur intérêt de l’enfant. Cette limitation ressort on ne peut plus clairement d’une simple lecture du paragraphe, en plus d’être conforme à l’esprit de la Loi et à l’accent qu’elle met sur le meilleur intérêt de l’enfant. À mon avis, l’analyse peut et devrait s’arrêter là. Toutefois, la Cour d’appel adopte un critère tout à fait différent, soit le «préjudice psychologique ou physique réel» comme étant celui qui devrait régir l’accès. Étant donné l’affirmation suivante du juge McLachlin (à la p. 127):

En revanche, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont mis l’accent moins sur le «droit» du parent gardien de prendre toutes les décisions en matière religieuse touchant les enfants, que sur l’intérêt de ceux-ci. Ne s’estimant pas liés par la notion des droits du parent gardien, les juges majoritaires se sont simplement demandé quel était l’intérêt de l’enfant.

Ainsi, pour la Cour d’appel, à la majorité, la préoccupation primordiale est l’intérêt de l’enfant.

j’estime utile de contraster une telle analyse avec ce que, en fait, le juge Wood, au nom de la majorité de la Cour d’appel, a dit dans l’extrait suivant:

à la page 98:

The right of the access parent to share his or her religious beliefs with the child flows from the provisions of s. 16(10) of the Divorce Act of 1985. In my view it is subject to only two limitations:

(a) the unwillingness of the child to participate in such sharing, and

(b) the powers of the court to restrict that right on the grounds that exposure to the religious beliefs or practices of the access parents is, or is likely to be, harmful to the well being of the child.

The second [limitation] also seems straightforward, but it contains a complexity that requires discussion. Obviously if it can be established, on a civil standard of proof, that exposure to conflicting religious doctrines is causing the child psychological harm, or that by engaging in the observance of, or activities associated with, the religious beliefs of the access parent, the child is suffering real psychological or physical harm, the well being of that child would clearly require the court to intervene by way of an order which would eliminate the potential for such harm to continue. In those cases where such harm could be anticipated on a balance of probabilities, there would be grounds for an order that would avoid the problems before it begins.

But, in the exercise of the court's duty to protect the well being of the child, care must be taken to ensure that real harm of the sort, and arising in the manner, just described is distinguished from the general emotional distress which every child experiences when confronted with both the reality of divorce and the turmoil which characterizes the post-divorce relationship of many ex-spouses. The former can properly be addressed by judicial intervention. The latter is inevitable, and in most cases lies beyond the influence of any order of the court.

at p. 103:

Obviously, if the exercise by each [parent] of their individual freedom of religion, caused or threatened the probability of real psychological or physical harm to their children, state sanctioned intervention to preserve those interests would be justified under s. 1 of the Charter, but such action would only be justified to the extent

[TRADUCTION] Le droit du parent ayant un droit d'accès de partager ses croyances religieuses avec l'enfant découle des dispositions du par. 16(10) de la Loi sur le divorce de 1985. À mon avis, il n'est assujéti qu'à deux limites:

a) le refus de l'enfant de participer à un tel partage,

b) les pouvoirs du tribunal de restreindre ce droit, au motif que le fait d'être exposé aux croyances ou pratiques religieuses du parent ayant un droit d'accès porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l'enfant.

La seconde [limite] semble également directe, mais elle renferme un élément complexe qui exige qu'on s'y arrête. De toute évidence, s'il peut être démontré, selon une norme de preuve civile, que le fait d'être exposé à des doctrines religieuses opposées cause à l'enfant un préjudice psychologique ou que par l'observance des croyances religieuses du parent ayant un droit d'accès ou par des activités reliées à celles-ci, l'enfant subit un préjudice psychologique ou physique réel, il serait nécessaire pour le bien-être de cet enfant que la cour intervienne au moyen d'une ordonnance qui éliminerait la possibilité qu'un tel préjudice se poursuive. Dans les cas où, selon la prépondérance des probabilités, un tel préjudice pourrait être prévu, il y aurait des motifs de rendre une ordonnance qui permettrait d'éviter les problèmes avant qu'ils ne se présentent.

Toutefois, dans l'exercice du devoir de la cour de veiller au bien-être de l'enfant, il convient de faire en sorte qu'une distinction soit établie entre le préjudice réel du genre décrit précédemment et qui survient de cette manière et la perturbation émotive générale que vit tout enfant qui doit faire face à la réalité du divorce et au bouleversement qui caractérise les rapports après le divorce d'un grand nombre d'ex-conjoints. Une intervention judiciaire peut traiter adéquatement du premier préjudice. Le second est inévitable et, dans la plupart des cas, ne relève pas de l'influence d'une ordonnance de la cour.

i à la page 103:

[TRADUCTION] De toute évidence, si l'exercice par chaque [parent] de sa liberté de religion causait ou était susceptible de causer une possibilité de préjudice psychologique ou physique réel à leurs enfants, l'intervention de l'État pour protéger ces intérêts serait justifiée aux termes de l'article premier de la Charte, mais ne le

that its purpose was accomplished in the matter least intrusive to the fundamental freedoms of each parent.

While I do not share the doubt which Southin J.A. has expressed concerning the existence of the *parens patriae* jurisdiction of the Supreme Court of this province, I do agree that any interference with the exercise of parental judgement, on what constitutes the best interests of their children, could only be justified on the basis of evidence establishing the probability of real harm, either physical or psychological. The jurisdiction to interfere, of course, exists in connection with any matter which creates, or threatens such real harm, and does not depend upon the harm originating in any disagreement between the parents. Thus any such harm occasioned by a religious doctrine or practice in which both parents joined would equally justify state sanctioned interference with their freedom of religion.

at pp. 104-5:

Of necessity, however, there are limitations to the exercise of that freedom. From what has been said so far, the obvious limitations are:

(a) the consent of the child to participate in the process of teaching or dissemination, and

(b) the power of the court to restrict the right of the access parent to teach and disseminate his or her religious beliefs to the child on the grounds that exposure to the religious beliefs or practices of the access parent is, or is likely to be, harmful to the well being of the child.

at p. 105:

... I do not believe that it can be invoked as a rule which would oblige the court to shrink from its duty to determine whether or not the exposure to conflicting religious beliefs, or the content of a religious doctrine, is threatening real harm to the welfare of a child of the marriage.

But it will be a rare case where such an issue could legitimately arise. As has been noted, it could arise in those few cases where it could credibly be asserted that exposure either to conflicting religious doctrines, or to the doctrines of the religious belief of one of the parents, is causing or is likely to cause the child real harm of a physical or psychological nature.

serait que dans la mesure où son but serait réalisé de la manière qui porterait le moins atteinte aux libertés fondamentales de chaque parent.

Bien que je ne partage pas le doute qu'a soulevé le juge Southin en ce qui concerne la compétence *parens patriae* de la Cour suprême de la province, je conviens que toute atteinte à l'exercice du jugement des parents relativement à ce qui constitue le meilleur intérêt de leurs enfants, ne pourrait être justifiée que sur le fondement d'une preuve établissant la possibilité d'un préjudice réel, soit physique, soit psychologique. Évidemment, la compétence pour agir existe en ce qui concerne toute question qui crée ou est susceptible de créer un tel préjudice réel et ne dépend pas du préjudice qui résulte d'un désaccord entre les parents. Par conséquent, un tel préjudice causé par une doctrine ou une pratique religieuses à laquelle appartiennent les deux parents justifierait également une intervention sanctionnée par l'État dans leur liberté de religion.

aux pages 104 et 105:

[TRADUCTION] Toutefois, il y a nécessairement des limites à l'exercice de cette liberté. D'après ce qui a déjà été dit, les limites évidentes sont les suivantes:

a) le consentement de l'enfant à participer au processus d'enseignement ou de propagation,

b) le pouvoir de la cour de restreindre le droit du parent ayant un droit d'accès d'enseigner et de propager ses croyances religieuses à l'enfant, au motif que le fait d'être exposé à ces croyances ou pratiques religieuses porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l'enfant.

à la page 105:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que l'on puisse l'invoquer comme règle qui obligerait la cour à s'écarter de son devoir de déterminer si le fait d'être exposé à des croyances religieuses opposées ou le contenu d'une doctrine religieuse, est susceptible de causer un préjudice réel au bien-être d'un enfant à charge.

Mais il est rare qu'une telle situation puisse survenir légitimement. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, elle pourrait survenir dans les rares cas où l'on pourrait affirmer de façon crédible que le fait d'être exposé à des croyances religieuses opposées ou aux doctrines des croyances religieuses de l'un des parents, cause ou est susceptible de causer à l'enfant un préjudice réel de nature physique ou psychologique.

In such cases the evidence which will establish such harm will not come from a critical evaluation of the religious beliefs of either parent. That sort of evidence takes its force exclusively from the personal value judgments of either person whose evaluation is offered or the judge who hears it. Rather the threshold evidence, which will justify the court embarking on an inquiry into real physical or psychological harm caused by a religious doctrine, will be that of an independent expert whose opinion is based upon generally accepted, objective, scientific criteria for the diagnosis and evaluation of the harm alleged.

at pp. 107-8:

It reinforces my view that the following principles of law are applicable to the issue of access restrictions which this case presents:

(g) Mr. Young's fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the Charter, to teach and disseminate his religious beliefs to his children, is limited only to the extent that the exercise of that freedom causes, or threatens the probability of, real physical or psychological harm to the children.

at p. 108:

In my view both [Huddart J. and Proudfoot J.] correctly perceived that no issue of real harm, either physical or psychological, arose in this case. If any such issue had presented itself, it would have been manifest from the evidence of the expert witnesses who examined the children on a number of occasions, and who undoubtedly would have identified the existence of, or the potential for, real harm to the children arising from their father's religious beliefs, if such existed. In the absence of any such evidence, there was no basis upon which the court could legitimately entertain any inquiry into the substance of his religious beliefs.

At no time did the learned trial judge refuse to admit any evidence relevant to the issue of the children's best interests. Her decision not to admit any evidence related to the tenets of the Jehovah's Witness faith was the natural and irresistible result of the fact that the dispute between these two parents had its genesis in the intolerance of each for the religious beliefs of the other. Theirs was a dispute between beliefs, not a dispute over

Dans de tels cas, la preuve qui démontrera un tel préjudice ne proviendra pas d'une évaluation critique des croyances religieuses de l'un ou l'autre parent. Ce genre de preuve tire sa force exclusivement des jugements de valeur personnels de la personne dont l'évaluation est présentée ou du juge qui l'entend. La preuve préliminaire qui justifiera que la cour examine si une doctrine religieuse cause un préjudice physique ou psychologique réel viendra plutôt d'un expert indépendant dont l'opinion est fondée sur des critères scientifiques généralement acceptés et objectifs pour diagnostiquer et évaluer le préjudice allégué.

aux pages 107 et 108:

[TRADUCTION] Mon opinion est renforcée par le fait que les principes de droit suivants s'appliquent à la question des restrictions en matière d'accès qui est soulevée en l'espèce:

g) La liberté de religion fondamentale de M. Young que prévoit l'al. 2a) de la Charte, d'enseigner et de propager ses croyances religieuses à ses enfants, n'est limitée que dans la mesure où l'exercice de cette liberté cause ou est susceptible de causer un préjudice physique ou psychologique réel aux enfants.

à la page 108:

[TRADUCTION] À mon avis, ils ont tous les deux [le juge Huddart et le juge Proudfoot] indiqué à bon droit qu'aucune question de préjudice physique ou psychologique réel ne se posait en l'espèce. Si une telle question s'était posée, elle se serait manifestement dégagee de la déposition des témoins experts qui ont interrogé les enfants à plusieurs reprises et qui sans doute auraient décelé, si tel état le cas, l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel découlant pour les enfants des croyances religieuses de leur père. En l'absence d'une telle preuve, il n'y avait aucun fondement en vertu duquel la cour pouvait légitimement examiner la substance des croyances religieuses du père.

Le juge de première instance n'a jamais refusé d'admettre un élément de preuve pertinent relativement à la question du meilleur intérêt des enfants. Sa décision de ne pas admettre d'éléments de preuve relatifs aux préceptes des témoins de Jehovah résultait naturellement et nécessairement du fait que le conflit entre les deux parents découlait de l'intolérance religieuse dont ils faisaient preuve l'un envers l'autre. Il s'agissait d'un conflit entre croyances, et non pas d'un conflit sur la question de savoir si un préjudice réel serait causé à leurs

whether real harm would befall their children as a result of the religious beliefs of one or the other.

and, finally, at p. 109:

I have reviewed the evidence which was offered in support of those restrictions. In my view it fell far short of establishing that any real harm would befall the children from Mr. Young's exercise of his fundamental freedom to teach and disseminate his religious beliefs to them. No such harm was diagnosed or anticipated by either of the expert witnesses which the learned trial judge found to be credible. Nor did the evidence establish that the conflict in the religious beliefs of the parents was causing, or was likely to cause, such harm.

The evidence went no further than to establish that the children were under some stress, the cause of which was "multi-factorial", but which obviously included some component related to the religious dispute between the parents. [Emphasis (by underlining) added.]

This, in my view, leaves absolutely no doubt that the only basis for the Court of Appeal's reversal of the orders of the trial judge, which the court could not have said more clearly, was the absence of harm, which, in their view, was not established in evidence. We are far from the best interests of children test. Affirming the Court of Appeal's judgment on this point, my colleague, while repeating profusely that the best interests of children is the sole test, is in fact applying the harm test, which is the only basis on which the Court of Appeal reversed the trial judge who, in their opinion, did not apply that test.

Neither logic, necessity nor the terms of the Act mandate such an equation. As I will discuss later, the best interests of the child encompasses more than the absence of harm and I cannot agree that this objective compels the conclusion that there must be evidence of "real and significant harm to the child" before contact with the access parent can be limited in any manner.

In contrast to custody, there is little jurisprudence or doctrine on the nature of access rights,

enfants en raison des croyances religieuses de l'un ou de l'autre.

et, enfin, à la p. 109:

a [TRADUCTION] J'ai examiné les éléments de preuve qui ont été présentés à l'appui de ces restrictions. À mon avis, ils n'ont pas du tout réussi à démontrer qu'un préjudice réel serait causé aux enfants en raison de l'exercice par M. Young de sa liberté fondamentale de leur enseigner et de leur propager ses croyances religieuses. b Aucun des témoins experts, dont le juge de première instance a reconnu la crédibilité, n'a diagnostiqué l'existence d'un tel préjudice ou appréhendé qu'il ne se produise. c La preuve n'a pas davantage établi que le conflit entre les croyances religieuses des parents causait, ou était susceptible de causer, un préjudice de cet ordre.

Tout au plus a-t-il été établi en preuve que les enfants subissaient un certain stress, dont les facteurs étaient multiples, mais dont certaines composantes étaient, à l'évidence, liées à la querelle des parents au sujet de la religion. [Je souligne.]

À mon avis, il ne fait donc absolument aucun doute que le seul moyen sur lequel la Cour d'appel pouvait se fonder pour infirmer les ordonnances du juge de première instance, ce que la cour ne pouvait énoncer plus clairement, était que, à son avis, la preuve n'a permis d'établir aucun préjudice. Nous sommes loin du critère du meilleur intérêt de l'enfant. Ma collègue, qui confirme l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point, tout en répétant maintes fois que le seul critère est celui du meilleur intérêt de l'enfant, applique en fait le critère du préjudice, qui constitue le seul fondement sur lequel la Cour d'appel pouvait infirmer la décision du juge de première instance qui, à son avis, n'a pas appliqué ce critère.

Or, ni la logique, ni la nécessité, ni le texte de la Loi n'obligent à faire cette équation. Comme je le démontrerai plus loin, le meilleur intérêt de l'enfant suppose davantage que l'absence de préjudice et je ne peux partager l'opinion voulant qu'il faille obligatoirement conclure à la nécessité d'une preuve de «préjudice réel et important» avant que le contact avec le parent exerçant un droit d'accès puisse être limité de quelque façon.

Contrairement au droit de garde, il y a peu de jurisprudence ou de doctrine sur la nature des

probably because access has never been understood to confer entitlements on the non-custodial parent other than those which are specified in court orders. The fundamental principle, however, that has always been recognized by courts is that the right to access is limited in scope and is conditioned and governed by the best interests of the child. *Anson v. Anson*, *supra*, at p. 368, in my view, properly circumscribes the right of access at this stage in time as follows:

Access can thus be regarded as a form of temporary possession with the powers granted by an access order being limited to those necessary to ensure the well-being of the child during the visitation periods. Access confers no right in the parent to influence the upbringing of the child — that is for the parent with custody or guardianship. . . . However, under the Divorce Act, 1985 s. 16(5), a parent granted access has a right to make inquiries and to be given information as to the health, education and welfare of the child, unless otherwise ordered by a court.

Thus, the role of the access parent is “that of a very interested observer, giving love and support to [the child] in the background” (*Pierce v. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (B.C.S.C. in chambers), at p. 575. See also *Gubody v. Gubody*, [1955] O.W.N. 548 (H.C.), and *Sudeyko v. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273 (B.C.S.C.)).

In the words of Wilson J., “there is considerable support for the view that access as a distinct juridical concept is purely a creature of statute” (*Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 130). Apart from legislative provisions, there are no pre-existing or parallel rights of access at common law.

The *Civil Code of Quebec* for its part recognizes no right of access but states simply:

570 Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

droits d'accès, probablement parce qu'on n'a jamais pensé que l'accès pouvait conférer au parent n'ayant pas la garde d'autres droits que ceux précisés dans les ordonnances judiciaires. Le principe fondamental toutefois, qui a toujours été reconnu par les tribunaux, est que le droit d'accès a une portée limitée et qu'il est conditionné et régi par le meilleur intérêt de l'enfant. L'extrait suivant de l'arrêt *Anson c. Anson*, précité, à la p. 368, circonscrit à mon avis avec justesse le droit d'accès à ce stade:

[TRADUCTION] L'accès peut donc être considéré comme une forme de possession temporaire, les pouvoirs accordés par ordonnance se limitant à ceux qui sont nécessaires pour assurer le bien-être de l'enfant pendant les périodes de visite. L'accès ne confère aucun droit d'influencer l'éducation de l'enfant — qui relève du parent qui a la garde et la tutelle. [. . .] Toutefois, en vertu du par. 16(5) de la Loi de 1985 sur le divorce, le parent qui obtient un droit d'accès peut, sauf ordonnance contraire du tribunal, demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.

Ainsi, le rôle du parent ayant un droit d'accès est [TRADUCTION] «celui d'un observateur très intéressé, donnant amour et appui à [l'enfant] dans l'ombre» (*Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (C.S.C.-B. en chambre), à la p. 575. Voir également *Gubody c. Gubody*, [1955] O.W.N. 548 (H.C.), et *Sudeyko c. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273 (C.S.C.-B.)).

Pour reprendre les mots de madame le juge Wilson, «il existe un appui considérable pour l'opinion que le droit de visite en tant que concept juridique distinct est purement une création de la loi» (*Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 130). Hormis les dispositions législatives, il n'y a donc pas de droits d'accès préexistants ou parallèles en common law.

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas, quant à lui, le droit d'accès mais dispose simplement:

570 Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

However, art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* provides that “[i]n every decision concerning a child, the child’s interest and the respect of his rights must be the determining factors”. Article 543 of the *Civil Code of Quebec* obliges courts “to see to the interests of the child, at all stages of divorce proceedings”. Article 569 directs courts to decide matters of custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights. Thus, in both civil and common law jurisdictions, access exists only to the extent it is provided by statute and where it is in the best interests of the child.

One can find in both case law and doctrine discussion and debate as to whether access is more properly understood as a right of the parent or of the child. (See Weitzman, *supra*, at p. 230; R. Deech, “The Unmarried Father and Human Rights” (1992), 4 *J. Child L.* 3; and Maidment, *supra*, at p. 40. See also *Frame v. Smith*, *supra*.) Some have regarded access as an entitlement which belongs to the parent absent any compelling reason to disallow it, such as the safety of the child (*Tocco v. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174 (Ont. C.A.)). However, as is consistent with the focus on the best interests of the child in the Act, the more perceptive view at this time both in the literature and case law is that access is more properly regarded as a right of the child, not a right of the parent. As Bernard Dickens has stated, the modern function of parental rights is not to enforce powers of custody and control parents enjoy over their children, but to permit parents to discharge their duties to their children (*supra*, at p. 471). This view accords with the decision of this Court in *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, in which Wilson J. summarized the proper focus in the following words, at p. 185:

... it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary

Cependant, l’art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* prévoit que «[l]’intérêt de l’enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet». L’article 543 du *Code civil du Québec* oblige les tribunaux, «[à] tout moment de l’instance en divorce [...] à veiller aux intérêts de l’enfant». L’article 569 prévoit que le tribunal statue sur la garde, l’entretien et l’éducation des enfants, dans l’intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits. Ainsi, en droit civil comme en common law, le droit d’accès n’existe que dans la mesure où la loi le prévoit et où il est dans l’intérêt de l’enfant.

La question de savoir s’il convient de concevoir l’accès comme un droit du parent ou comme un droit de l’enfant est analysée et débattue tant en jurisprudence qu’en doctrine. (Voir Weitzman, *op. cit.*, à la p. 230; R. Deech, «The Unmarried Father and Human Rights», (1992), 4 *J. Child L.* 3, et Maidment, *op. cit.*, à la p. 40. Voir également l’arrêt *Frame c. Smith*, précité.) Selon certains, l’accès est un droit qui appartient au parent, faute d’un motif majeur de le lui refuser, telle la sécurité de l’enfant (*Tocco c. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174 (C.A. Ont.)). Cependant, conformément à l’accent mis sur l’intérêt de l’enfant dans la Loi, l’opinion qui s’accrédite le plus aujourd’hui dans la doctrine et dans la jurisprudence est que l’accès est, à bon droit, considéré davantage comme un droit de l’enfant que comme un droit du parent. Ainsi que l’affirme Bernard Dickens, les droits parentaux ont pour fonction, dans la société moderne, non pas de permettre l’exécution forcée des pouvoirs de garde et de surveillance dont les parents sont titulaires à l’égard de leurs enfants, mais de permettre aux parents de s’acquitter de leurs obligations envers eux (*loc. cit.*, à la p. 471). Cette opinion est conforme à l’arrêt de notre Cour, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, dans lequel madame le juge Wilson résume en ces termes l’interprétation qu’il convient de retenir, à la p. 185:

... la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l’enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l’a souvent souligné dans les affaires de garde d’enfant, un enfant n’est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété;

interest; it is a human being to whom they owe serious obligations.

Some years later, in *Frame v. Smith, supra*, at p. 132, Wilson J., although dissenting on another point, clearly said that:

The access right has become the child's right, not the parent's right, and it would be a regressive step to recognize today a cause of action in the parent based on an outmoded concept of parental rights in children

Access rights exist in recognition of the fact that it is normally in the interests of the child to continue and foster the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation. This being said, the right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent.

As the ultimate goal of access is the continuation of a relationship which is of significance and support to the child, access must be crafted to preserve and promote that which is healthy and helpful in that relationship so that it may survive to achieve its purpose. Accordingly, it is in the interests of the child, and arguably also in the interests of the access parent, to remove or mitigate the sources of ongoing conflict which threaten to damage or prevent the continuation of a meaningful relationship.

Wood J.A. expressed the general concern that access rights remain vulnerable to the caprices of a vengeful custodial parent. In my view, courts should not be too quick to presume that the access concerns of the custodial parent are unrelated to the best interests of the child. Although the myth is that the custodial parent typically attempts to obstruct access of the other parent, studies in Canada, England and the United States indicate that the problem tends to be quite the reverse (see Richardson, *supra*; Weitzman, *supra*, at p. 230;

c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, à la p. 132, madame le juge Wilson, bien que dissidente sur un autre point, a clairement dit:

Le droit de visite est devenu le droit de l'enfant et non celui du parent et reconnaître aujourd'hui que le parent a une cause d'action fondée sur un concept démodé de droit parental à l'égard des enfants constituerait un recul

Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Cela dit, le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent donc avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent.

Le droit d'accès ayant comme objet ultime la poursuite d'une relation enrichissante pour l'enfant, l'accès doit être conçu de façon à préserver et à promouvoir les éléments sains et utiles pour atteindre ce but. Il est par conséquent dans l'intérêt de l'enfant et, peut-on aussi soutenir, dans celui du parent ayant un droit d'accès, d'éliminer ou d'atténuer les sources répétées de conflit susceptibles de nuire à une relation valable ou d'en empêcher la poursuite.

Le juge Wood s'est interrogé de façon générale sur la vulnérabilité des droits d'accès devant les caprices d'un parent gardien vengeur. À mon avis, les tribunaux ne devraient pas présumer trop rapidement que les craintes du parent chargé de la garde ne sont pas liées à l'intérêt de l'enfant. Bien que le mythe veuille que le parent gardien typique tente d'entraver l'accès de l'autre parent, les études menées au Canada, en Angleterre et aux États-Unis indiquent que c'est plutôt l'inverse qui tend à se produire (voir Richardson, *op. cit.*;

and Maidment, *supra*, at p. 68). At the outset, it must not be forgotten that a parent who is granted access has no obligation to exercise those rights, and neither the child nor the custodial parent can force an access parent to comply with such an order, even though access might have been determined to be in the best interests of the child.

In Canada, the *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*, *supra*, at p. 111, discloses that access is denied to non-custodial parents by courts in only 2.4 percent of cases. However, those access rights which are granted by courts are often not exercised, and over the long run there is a process of gradual disengagement of many non-custodial parents from active involvement with their children, particularly if they remarry or become part of new family constellations (see N. Weisman, "On Access After Parental Separation" (1992), 36 R.F.L. (3d) 35). The authors of the *Evaluation* report at pp. 114-15 that over 40 percent of parents granted access either never see their children or see them no more than once a month. Moreover, those parents who exercise access do so less frequently than in the previous study (*Evaluation of the Divorce Act, 1985 — Phase I: Collection of Baseline Data* (1987)), and the level and involvement of access parents is low and appears to be worsening over time. By contrast, many custodial parents express concern about the effects on their children of fathers' absence and the most commonly voiced complaint concerning access is that such rights are not exercised, or are exercised irregularly (Richardson, *supra*, at p. 36). Thus, as the authors of the *Evaluation* conclude, any lack of contact between non-custodial parents and their children can rarely be attributed to a denial of access (pp. 134-35). (Similar results were recently reported in D. Perry, *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta* (1992).)

Furthermore, when considering the role of access parents with respect to their children, courts should not be blind to the broader context in which custody and access are exercised. A vast number

Weitzman, *op. cit.*, à la p. 230; et Maidment, *op. cit.*, à la p. 68). Il ne faut pas oublier, au départ, que le parent à qui sont consentis des droits d'accès n'a aucune obligation d'exercer ces droits, et ni l'enfant ni le parent gardien ne peuvent le forcer à se conformer à une telle ordonnance, même si l'on a jugé qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant.

Au Canada, le rapport intitulé *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*, *op. cit.*, révèle, à la p. 124, que le droit d'accès n'est refusé aux parents non gardiens que dans 2,4 pour 100 des cas. Toutefois, il arrive souvent que les droits d'accès accordés par les tribunaux ne soient pas exercés et, à long terme, il se produit un désengagement graduel de nombreux parents non gardiens à l'égard de leurs enfants, en particulier s'ils se remarient ou deviennent membres de nouvelles constellations familiales (voir N. Weisman, «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35). Les auteurs de l'*Évaluation* signalent, à la p. 127, que plus de 40 pour 100 des parents ayant obtenu un droit d'accès soit ne voient jamais leurs enfants, soit ne les voient pas plus d'une fois par mois. De plus, les parents qui exercent leur droit le font moins fréquemment que ne le révélait l'étude antérieure (*Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce — Phase I: Cueillette des données de base* (1987)); leur niveau d'engagement est faible et paraît diminuer avec le temps. En revanche, de nombreux parents gardiens se disent préoccupés par l'effet de l'absence du père sur leurs enfants et le grief le plus communément formulé en ce qui concerne le droit d'accès est que ce droit n'est pas exercé ou l'est irrégulièrement (Richardson, *op. cit.*, à la p. 33). Ainsi, suivant la conclusion des auteurs de l'*Évaluation*, il est rare que le manque de contact entre les enfants et le parent n'en ayant pas la garde soit attribuable au refus du parent gardien (à la p. 149). (D. Perry fait état de résultats semblables dans *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta* (1992).)

En outre, lorsqu'ils examinent le rôle des parents ayant un droit d'accès auprès de leurs enfants, les tribunaux ne devraient pas fermer les yeux sur le contexte global dans lequel s'exercent

of non-custodial parents are in default of their most serious obligations to their children, as is the respondent in this appeal: the responsibility to provide economic support. In 1985, E. Finnbogason and M. Townson reported in *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders* (1985), that all existing studies indicated default rates in child support payments of over 50 percent, and the Law Reform Commission estimated the true rate to be as high as 75 percent. (See also A. M. Delorey, "Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power" (1989) 3 *C.J.W.L.* 33, at p. 43, and Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", *supra*). The most pressing issue in child custody and access is the burden borne by women and children as a consequence of the failure of men to accept their responsibilities to their children. As Ruth Deech noted, *supra*, at p. 6, "[t]he reality is the call on fathers to pay more, not to enjoy more rights." There is a certain irony in the claim to greater contact and control on the part of access parents in the face of such widespread neglect of children's basic needs.

Where there is a genuine problem with access, the non-custodial parent is not without recourse in any case. This stems from the statutory directive to facilitate access where it is in the child's best interests and the role of the judge as the arbiter of those interests in the case of a dispute between the parents. Generally, courts will grant liberal access to the non-custodial parent and usually this is consistent with the best interests of the child. Parents will also normally respect their children's wishes and best interests with regard to access. Most of the time, parents are able to reach an agreement as to custody and access without the intervention of courts, sometimes with the help of psycho-social services attached to courts or elsewhere. This, of course, is to be encouraged as it is in the best interests of children to minimize conflict in this area. Unfortunately, however, disagreements between

les droits de garde et d'accès. Un nombre considérable de parents non gardiens font défaut à leurs plus importantes obligations envers leurs enfants, comme l'intimé dans le présent pourvoi, qui a manqué à sa responsabilité de fournir une aide financière. E. Finnbogason et M. Townson ont signalé en 1985 dans «*Avantages et rentabilité d'un registre central des ordonnances de pension alimentaire et de garde d'enfants*» (1985), que d'après toutes les études existantes, le taux de défaut de paiement des pensions alimentaires pour enfants était de plus de 50 pour 100, et la Commission de réforme du droit a estimé que le taux véritable atteignait 75 pour 100. (Voir également A. M. Delorey, «*Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power*» (1989), 3 *R.J.F.D.* 33, à la p. 43, et Drakich, «*In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody*», *loc. cit.*). La question la plus pressante en matière de garde et d'accès est la charge qu'impose aux femmes et aux enfants le défaut des pères d'assumer leurs responsabilités envers ces derniers. Comme le souligne Ruth Deech, *loc. cit.*, à la p. 6, [TRADUCTION] «[I]a réalité, c'est qu'on demande aux pères de payer davantage, non de jouir de plus de droits.» Il y a, de la part des parents ayant un droit d'accès, une certaine ironie à réclamer plus de contact et de contrôle alors que la négligence à l'égard des besoins fondamentaux des enfants est si répandue.

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qu'ont reçue les tribunaux de faciliter l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant, et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Le plus souvent, les parents sont en mesure de parvenir à une entente sans l'intervention des tribunaux, parfois avec l'aide de services psycho-sociaux, rattachés aux tribunaux ou non. Cette solution doit certainement être encouragée puisqu'il est dans l'intérêt de l'enfant de réduire autant que possible les conflits dans ce domaine.

parents do reach the courts and in such cases the judge must draw the line. That line must always be drawn in favour of the best interests of the child, from a child-centred perspective.

The difficulty, of course, always lies in determining what does constitute the best interests of the child, which brings us to the next issue.

Best Interests of the Child

The issue of the best interests of the child raises considerations at a number of different levels. First, the content of the rule must be discussed. Second, its constitutionality must be determined. Finally, the appropriate standard for its application must be established. All of these issues form the basis of the respondent's arguments in support of the Court of Appeal's ruling as to access.

1. *Content of the Rule*

As I discussed in the context of custody, the statutory recognition of the best interests of the child in the Act marks the culmination of a long evolution of the focus in custody and access decisions. From the era in which the enforcement of paternal rights was at the forefront of the courts' concern, through a time where the merits of each parent's claims were weighed, we have now reached the point where the sole question to be determined in custody and access arrangements is the best interests of the child. Indeed, the legislation makes it quite explicit that only the best interests of the child as they are comprehensively understood should be considered in such adjudications. This evolution was recognized by Wilson J. in *Frame v. Smith, supra*, at p. 132:

At first the courts were much more comfortable assessing the competing claims of parents than they were in trying to decide what was in the best interests of children. But over time the best interest of children increasingly became an important concern of the court and today it is the paramount concern. . . . In light of these developments it can be said with some assurance

Malheureusement, toutefois, des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, et le juge doit alors tracer la ligne. Cela doit toujours se faire dans le meilleur intérêt de l'enfant, et dans la perspective de l'enfant.

La difficulté, évidemment, consiste toujours à déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant, ce qui nous amène à la question suivante.

L'intérêt de l'enfant

La question de l'intérêt de l'enfant soulève des considérations de plusieurs ordres. En premier lieu, il faut analyser le contenu de la règle. En deuxième lieu, il faut en vérifier la constitutionnalité. Enfin, il faut établir le critère pertinent. Toutes ces questions constituent la base de l'argumentation de l'intimé à l'appui de la décision de la Cour d'appel relative au droit d'accès.

1. *Le contenu de la règle*

Comme je l'ai indiqué dans le contexte de la garde, la consécration du meilleur intérêt de l'enfant dans la Loi marque le point culminant d'une longue évolution quant à l'orientation des décisions en matière de garde et d'accès. De l'époque où les tribunaux se préoccupaient avant tout de faire respecter les droits du père, en passant par celle où les demandes de chacun des parents étaient étudiées selon leur mérite respectif, nous sommes maintenant arrivés au point où la seule question à trancher en ce qui concerne les modalités de garde et d'accès est le meilleur intérêt de l'enfant. Il ressort, en effet, très clairement des textes législatifs que l'on doit tenir compte à cet égard uniquement du meilleur intérêt de l'enfant, pris au sens large. Le juge Wilson a reconnu cette évolution dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, à la p. 132:

Au départ les tribunaux étaient plus à l'aise pour évaluer les réclamations concurrentes des parents qu'ils ne l'étaient pour tenter de décider ce qui constituait l'intérêt véritable des enfants. Avec le temps l'intérêt véritable des enfants est devenu de plus en plus une préoccupation importante des tribunaux et aujourd'hui c'est la préoccupation principale. [. . .] On peut dire avec une

that the concept of "parental rights" has fallen into disfavour. Parental responsibilities yes, but rights no.

The courts have moved inevitably and steadfastly in this direction since the 19th century. In *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143, at p. 148, the English Court of Appeal determined that a court should have unfettered scope to consider the best interests of the child, even where it interfered with the father's rights with respect to religion, holding:

The dominant matter for the consideration of the Court is the welfare of the child. But the welfare of a child is not to be measured by money only, nor by physical comfort only. The word welfare must be taken in its widest sense. The moral and religious welfare of the child must be considered as well as its physical well-being.

This Court has followed suit and unremittingly endorsed the position that in the face of any threat to the welfare of the child, parental interests must give way. As long ago as *DeLaurier v. Jackson*, *supra*, at pp. 153-54, Crocket J. held:

If the general welfare of the child requires that the father's rights in respect of the religious faith in which his offspring is to be reared, should be suspended or superseded, the courts in the exercise of their equitable jurisdiction have undoubted power to override them, as they have the power to override all other parental rights, though in doing so they must act cautiously . . .

Due consideration is, of course, to be given in all cases to the father's wishes but if the court is satisfied in any case upon a consideration of all the facts and circumstances, as shown by the evidence, that the father's wishes conflict with the child's own best interests, viewed from all angles — material, physical, moral, emotional and intellectual as well as religious — then the father's wishes must yield to the welfare of the child.

The Court reached the same conclusion in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, finding that such a result was consistent with both modern authority in other jurisdictions and previous decisions of this Court in *Racine v. Woods*, *supra*, and *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716. The

certain assurance que, vu ces changements, le concept de «droits parentaux» est tombé en défaveur. Il s'agit des responsabilités parentales mais non des droits.

C'est la voie que les tribunaux ont invariablement et résolument suivie depuis le XIX^e siècle. Dans *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143, à la p. 148, la Cour d'appel anglaise a décidé que le tribunal devait avoir toute latitude pour évaluer l'intérêt de l'enfant, même lorsque cet intérêt porte atteinte aux droits du père en matière de religion. Elle a statué:

[TRADUCTION] La question primordiale dont la Cour doit se préoccuper est le bien-être de l'enfant. Cependant le bien-être de l'enfant ne se mesure pas seulement en termes d'argent ou de confort matériel. Le terme bien-être doit s'entendre dans son sens le plus large. Le bien-être moral et religieux de l'enfant doit compter autant que son bien-être matériel.

Suivant cette tendance, notre Cour n'a cessé d'appuyer la position selon laquelle les intérêts parentaux doivent céder devant toute menace pesant sur le bien-être de l'enfant. Dès l'arrêt *DeLaurier c. Jackson*, précité, le juge Crocket a statué, aux pp. 153 et 154:

[TRADUCTION] Si le bien-être général de l'enfant exige que les droits du père à l'égard de la foi religieuse dans laquelle il souhaite élever sa progéniture soient suspendus ou supplantés, les tribunaux ont, dans l'exercice de leur compétence en *equity*, le pouvoir indubitable de passer outre à ces droits, tout comme ils ont le pouvoir de passer outre à tous les autres droits parentaux, bien qu'ils doivent agir alors avec circonspection . . .

Dans tous les cas, bien sûr, il faut prendre dûment en considération les désirs du père. Mais si le tribunal est convaincu, dans un cas donné, après examen de tous les faits et circonstances mis en preuve, que les désirs du père entrent en conflit avec l'intérêt propre de l'enfant vu sous tous les angles — matériel, physique, moral, affectif, intellectuel et religieux — alors les désirs du père doivent céder devant le bien-être de l'enfant.

La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, estimant qu'un tel résultat était compatible tant avec la jurisprudence récente d'autres tribunaux qu'avec ses arrêts antérieurs *Racine c. Woods*, précité, et *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982]

nature of the judicial determination of the best interests was described by McIntyre J. in *King v. Low* at p. 101 as follows:

. . . the dominant consideration to which all other considerations must remain subordinate must be the welfare of the child. This is not to say that the question of custody will be determined by weighing the economic circumstances of the contending parties. The matter will not be determined solely on the basis of the physical comfort and material advantages that may be available in the home of one contender or the other. The welfare of the child must be decided on a consideration of these and all other relevant factors, including the general psychological, spiritual and emotional welfare of the child. It must be the aim of the Court, when resolving disputes between rival claimants for the custody of a child, to choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult. Parental claims must not be lightly set aside, and they are entitled to serious consideration in reaching any conclusion. Where it is clear that the welfare of the child requires it, however, they must be set aside. [Emphasis added].

These words express the important notion that courts must be directed to create or support the conditions which are most conducive to the flourishing of the child. They are, in my view, as applicable in the context of access arrangements as they are in the determination of custody.

A determination of the best interests of the child encompasses a myriad of considerations, as child custody and access decisions have been described as “ones of human relations in their most intense and complex form”. In contrast to most issues that come before the courts, such decisions are “person-oriented” rather than “act-oriented” and require an evaluation of “the whole person viewed as a social being” (L. LaFave, “Origins and Evolution of the ‘Best Interests of the Child’ Standard” (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459; R. H. Mnookin, “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy” (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226). Courts are required to predict the happening of future events rather than to assess the legal import of past acts and judge the

2 R.C.S. 716. Le juge McIntyre a décrit ainsi, dans l’arrêt *King c. Low*, à la p. 101, la façon dont les tribunaux doivent décider de l’intérêt de l’enfant:

a . . . la considération primordiale à laquelle toutes les autres considérations doivent rester subordonnées doit être le bien-être de l’enfant. Cela ne signifie pas qu’on doit trancher la question de la garde en évaluant la situation matérielle des parties. Cette question ne sera pas b déterminée seulement à partir du confort physique et des avantages matériels que peut offrir le foyer de l’une ou de l’autre des parties. Le bien-être de l’enfant doit être c déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les autres éléments pertinents, dont le bien-être général de l’enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d’un enfant, elle doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d’assurer à l’enfant une croissance, une d éducation et un développement sains qui l’armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte. Les demandes des parents ne doivent pas être e écartées à la légère et il faut les examiner avec attention avant d’en arriver à une décision. Cependant, elles doivent être écartées lorsqu’il est évident que le bien-être de l’enfant l’exige. [Je souligne.]

Ce passage exprime une notion importante, savoir que les tribunaux doivent avoir pour consigne de créer ou de favoriser les conditions les plus propices à l’épanouissement de l’enfant. À mon avis, il est aussi pertinent eu égard aux modalités d’accès qu’il ne l’est en ce qui concerne la détermination de la garde.

g La détermination de l’intérêt de l’enfant suppose une myriade de considérations, les décisions en matière de garde et d’accès ayant été décrites comme [TRADUCTION] «touchant les relations h humaines dans toute leur intensité et leur complexité». Contrairement à la plupart des questions dont les tribunaux sont saisis, ces décisions s’articulent autour des «personnes» plutôt qu’autour de leurs «actes», et exigent une appréciation de [TRADUCTION] «l’ensemble de la personne perçue i comme un être social» (L. LaFave, «Origins and Evolution of the «Best Interests of the Child» Standard» (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459; R. H. Mnookin, «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226). Les tribunaux sont appelés j

effect of various relationships on the best interests of the child, all the while weighing innumerable variables without the benefit of a simple formula.

In making a determination as to the best interests of the child, courts must attempt to balance such considerations as the age, physical and emotional constitution and psychology of both the child and his or her parents and the particular milieu in which the child will live. These considerations, which underlie the common law, are clearly set out in art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*:

30 In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives. [Emphasis added.]

Probably one of the most significant factors in many cases will be the relationship that the child entertains with his or her parents. This must necessarily encompass such considerations as the strength of the emotional ties and the role of the person who has provided primary care in the life of the child.

Goldstein, Freud and Solnit's *Beyond the Best Interests of the Child*, *supra*, while perhaps lacking in empirical data, remains an influential analysis of the psychological needs of children following divorce. The authors emphasize, among other factors, the importance of continuity in the child's relationships and conclude that the major focus of custody decisions should be to preserve and protect the relationship between the child and his or her psychological parent. As Weisman reports, *supra*, at p. 47, there is some consensus in favour of this view in recent research. Goldstein later went as far as to say that, while continuing access is normally in the best interests of the child, this is the case only where there is agreement between parents and no court order to effect access is

à prédire des événements futurs plutôt qu'à évaluer la conséquence juridique de gestes antérieurs et à juger des effets de relations variées sur l'intérêt de l'enfant, tout en appréciant d'innombrables variables sans pouvoir recourir à une formule simple.

Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. Ces facteurs, implicites en common law, sont clairement énoncés à l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada*:

30 L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. [Je souligne.]

L'un des facteurs les plus importants sera probablement, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. À cet égard, il faudra nécessairement tenir compte de la force des liens affectifs et du rôle de la personne qui, dans la vie de l'enfant, lui a prodigué les soins essentiels.

Malgré peut-être ses lacunes au niveau des données empiriques, l'ouvrage de Goldstein, Freud et Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, *op. cit.*, reste fondamental pour l'analyse des besoins psychologiques des enfants à la suite d'un divorce. Les auteurs y font ressortir, entre autres, l'importance de la continuité des liens avec l'enfant et concluent que les décisions en matière de garde devraient viser avant tout à préserver et à protéger les liens entre l'enfant et son parent psychologique. Comme le signale Weisman, *loc. cit.*, à la p. 47, la recherche récente témoigne d'un certain consensus en faveur de cette tendance. Goldstein a même affirmé subséquentement que si l'accès suivi est normalement dans l'intérêt de l'enfant, cela n'est vrai que lorsqu'il y a entente entre les parents et

required (Goldstein, "In Whose Best Interest?", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *supra*). While the Act places the emphasis on the best interests of the child rather than the wishes of the custodial parent, Weisman observes at p. 62, *supra*,^a that research indicates that "the child's relationship with the custodial parent may well be the most important factor affecting long-term outcome. Judges should therefore exercise caution before intervening in any manner that may introduce added stress to this relationship".^b

Custody and access decisions are pre-eminently exercises in discretion. Case by case consideration of the unique circumstances of each child is the hallmark of this process. This Court recognized in *Moge v. Moge*, *supra*, in the context of spousal support decisions, that the discretion vested in the trial judge is essential to effect the very purposes outlined in the Act. The wide latitude under the best interests test permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child. Such discretion also permits the judge to focus on the needs of the particular child before him or her, recognizing that what may constitute stressful or damaging circumstances for one child may not necessarily have the same effect on another.^c

While the best interests test provides the focus and perspective from which to assess custody and access decisions, the test has nonetheless been subject to evaluation and criticism from various sources. The most common concern is that it is essentially indeterminate and fails to provide the necessary direction and criteria with which to make custody and access decisions (Mnookin, *supra*). Some commentators have observed that the broad scope of the test may permit the best interests of the child to become hostage to parental rights rhetoric (K. M. Munro, "The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852). Others note that, devoid of presumptions, the test^d

qu'une ordonnance du tribunal à cet égard n'est pas nécessaire (Goldstein, «In Whose Best Interest?» dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *op. cit.*). Alors que la Loi met l'accent sur l'intérêt de l'enfant plutôt que sur les désirs du parent gardien, Weisman fait observer, à la p. 62, *loc. cit.*, que la recherche indique qu'[TRADUCTION] «il se peut fort bien que la relation de l'enfant avec le parent qui en a la garde soit le facteur le plus important à long terme. Les juges devraient donc faire montre de prudence avant d'intervenir d'une façon qui risquerait d'introduire dans cette relation un stress additionnel».^e

Les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Ce processus se caractérise par l'examen cas par cas des circonstances propres à chaque enfant. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, précité,^f où il était question de pension alimentaire au conjoint, notre Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire conféré au juge de première instance était essentiel aux fins mêmes de la Loi. La grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une influence à la fois positive et négative. Ce pouvoir discrétionnaire permet également au juge de concentrer son attention sur les besoins de l'enfant qu'il a devant lui, en reconnaissant que ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre.^g

Bien qu'il constitue le pivot central des décisions en matière de garde et d'accès, et qu'il indique l'angle sous lequel celles-ci doivent être prises, le critère du meilleur intérêt de l'enfant a fait néanmoins l'objet d'examen et de critiques de diverses sources. On lui reproche le plus souvent d'être essentiellement indéterminée et de ne pas préciser l'orientation et les normes nécessaires pour la prise de ces décisions (Mnookin, *loc. cit.*). Selon certains commentateurs, la large portée du critère peut faire en sorte que l'intérêt de l'enfant devienne l'otage de la rhétorique des droits parentaux (K. M. Munro, «The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852). D'autres

becomes a competition between psychological experts and lawyers concerning the prevailing psychological notions of child rearing (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, supra*). Women in particular have become concerned that the importance of women's work in caring for young children can be devalued under the best interests test, as judges consider such factors as the superior financial position of most fathers when deciding custody matters (S. B. Boyd, "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1). Others claim that the test permits cultural bias in custody and access decisions and is a recipe for the abuse of judicial discretion (S. J. Toope, "Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law" (1991), 9 *Can. J. Fam. L.* 55, at p. 67). See also A. Ehrcke, "Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 211; J. P. Ryan, "Joint Custody in Canada: Time for a Second Look" (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119; Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper* (1993).

In my view, without minimizing these concerns and risks, it is crucial to distinguish between the criticism of the best interests test and the best interests of the child as an objective. Despite concerns about the application of the test, no one has questioned the best interests of the child as the proper focus of custody and access determinations. In the words of Maidment, *supra*, at p. 161:

... the welfare of the child holds the central position in the resolution of custody cases. Whatever the practice, the law places the child protection or nurturance philosophy at the centre of the decision-making process, and whatever interpretations are given to the welfare principle, nowadays the pre-eminence of the child-centred approach receives universal support.

Furthermore, it is significant that no other test has been broadly endorsed to replace it. At the end of the day, the test has been described as "the least

soulignent que, faute de présomptions, l'application de ce critère donne lieu à une compétition entre avocats et experts en psychologie au sujet des notions prédominantes en matière d'éducation des enfants (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, op. cit.*). Les femmes, en particulier, craignent que le recours à ce critère ne conduise à une dévaluation de l'importance de leur travail de dispensatrices de soins aux jeunes enfants, car les juges prennent en considération des facteurs telle la position financière plus avantageuse de la plupart des pères lorsqu'ils rendent une décision relative à la garde (S. B. Boyd, «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1). D'autres encore estiment que le critère est un terrain propice aux préjugés culturels et à l'abus du pouvoir discrétionnaire des juges (S. J. Toope, «Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law» (1991), 9 *Rev. can. d. fam.* 55, à la p. 67). Voir également: A. Ehrcke, «Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 211; J. P. Ryan, «Joint Custody in Canada: Time for a Second Look» (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119; Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès* (1993).

Sans vouloir minimiser ces préoccupations et ces risques, j'estime qu'il est crucial d'établir une distinction entre la critique du critère du meilleur intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'enfant en tant qu'objectif. Malgré les craintes que suscite l'application du critère, nul n'a remis en question l'importance du meilleur intérêt de l'enfant comme pivot des décisions en matière de garde et d'accès. Selon Maidment, *op. cit.*, à la p. 161:

[TRADUCTION] ... le bien-être de l'enfant se situe au cœur du règlement des litiges en matière de garde. Quelle que soit la pratique, la loi place la protection de l'enfant ou philosophie de la nurturance au centre du processus de prise de décision dans ce domaine et, peu importe l'interprétation de ce principe, la prééminence de la démarche axée sur l'enfant est aujourd'hui universellement reconnue.

De plus, il est révélateur qu'aucun critère de substitution n'ait fait l'objet d'un large consensus. En dernière analyse, le critère de l'intérêt de l'en-

detrimental available alternative for safeguarding the child's growth and development" and most of the suggested guidelines or presumptions are in fact designed to give content to the test in furtherance of the welfare of the child. (See Goldstein, Freud and Solnit, *supra*, at p. 53. See also Mnookin, *supra*.)

It is also worthwhile to recall that the best interests test initially fulfilled its purpose because the presumptions such as the tender years doctrine provided the necessary content on which to base custody and access decisions (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, supra*, at p. 84). Courts not only presumed that mothers were naturally better custodial parents, but also relied on the parent who had since the beginning provided primary care to the child to continue to act in its best interests. As this Court noted in *Talsky v. Talsky, supra*, at p. 293, the tender years doctrine was not so much a rule of law as "purely . . . a principle of common sense".

With the removal of such presumptions however, courts are now faced with competing claims concerning the best interests of the child. In the result, a number of presumptions have been suggested to govern the best interests test in custody decisions, the most common of which is the primary caregiver presumption. (See Boyd, "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption", *supra*). This presumption has developed in response to the trend toward joint custody, and the resultant erosion in both the financial resources and the authority of the parent with day-to-day obligations for child rearing. Boyd expresses the concerns underlying this presumption as follows at p. 6:

. . . a misplaced application of "equality" is evident in legislative and judicial trends toward entrenching fathers' rights in child custody law, such as joint custody and access enforcement. The importance of ensuring "equal" fatherly input into children's lives after fam-

fant a été décrit comme [TRADUCTION] «la solution la moins préjudiciable à la croissance et au développement de l'enfant», et la plupart des lignes directrices ou des présomptions suggérées visent en fait à l'étoffer dans le sens de la préservation du bien-être de l'enfant. (Voir Goldstein, Freud et Solnit, *op. cit.*, à la p. 53. Voir également Mnookin, *loc. cit.*)

Il convient également de rappeler qu'à l'origine, le critère de l'intérêt de l'enfant atteignait son but parce que les présomptions, telle la doctrine des enfants en bas âge, fournissaient la substance sur laquelle les décisions relatives à la garde et à l'accès pouvaient s'appuyer (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, op. cit.*, à la p. 84). Non seulement les tribunaux présumaient que les mères étaient naturellement de meilleurs parents gardiens, mais ils comptaient sur le parent qui, depuis le début, avait prodigué à l'enfant les soins essentiels, pour continuer à agir dans son intérêt. Ainsi que l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Talsky c. Talsky*, précité, à la p. 293, la doctrine des enfants en bas âge n'était pas tant une règle de droit qu'un principe dicté «uniquement [par le] bon sens».

Toutefois, avec la disparition de ces présomptions, les tribunaux se retrouvent aujourd'hui devant des parties qui se disputent l'intérêt de l'enfant, si bien qu'on a mis de l'avant un certain nombre de présomptions afin d'encadrer le critère de l'intérêt de l'enfant en matière de garde, la plus commune étant celle du principal pourvoyeur de soins. (Voir Boyd, «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption», *loc. cit.*) Cette présomption s'est développée en réponse au courant favorisant la garde partagée et à l'érosion consécutive des ressources financières et de l'autorité du parent aux prises avec les obligations quotidiennes qu'impose l'éducation d'un enfant. Boyd exprime ainsi, à la p. 6, les considérations sous-jacentes à cette présomption:

[TRADUCTION] . . . une conception inappropriée de la notion d'«égalité» est manifeste dans les courants législatifs et judiciaires qui tendent à consacrer les droits des pères en matière de garde d'enfants, telles la garde partagée et l'exécution forcée du droit d'accès. On a peut-