

**Robin James Goertz** *Appellant*

v.

**Janet Rita Gordon (formerly Janette Rita Goertz)** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) and Children's Lawyer for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: GORDON v. GOERTZ

File No.: 24622.

1995: December 6; 1996: May 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Family law — Custody and access — Variation — Change of residence — Mother awarded custody on divorce wishing to move to Australia — Father applying to vary custody — Whether trial and appellate courts erred in permitting child to move to Australia with her mother — Principles governing application for variation of custody or access order linked to change of residence of child by custodial parent — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Suppl.), s. 17(5), (9).*

The parties resided in Saskatoon until their separation in 1990. The mother petitioned for divorce and at trial was granted permanent custody of the young child while the father received generous access. When the father learned that the mother intended to move to Australia to study orthodontics, he applied for custody of the child, or alternatively, an order restraining the mother from moving the child from Saskatoon. The mother cross-applied to vary the access provisions of the custody order to permit her to move the child's residence to Australia. Relying heavily on the divorce judgment and the first judge's finding of fact that the mother was the proper person to have custody of this child, the judge dismissed the father's application and varied the access provisions in the custody order to allow the mother to

**Robin James Goertz** *Appelant*

c.

**Janet Rita Gordon (auparavant Janette Rita Goertz)** *Intimée*

et

**Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et l'avocat des enfants pour l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: GORDON c. GOERTZ

N° du greffe: 24622.

1995: 6 décembre; 1996: 2 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit de la famille — Garde et accès — Modification — Changement de résidence — Garde accordée à la mère lors du divorce — Mère désirant déménager en Australie — Demande de modification de la garde par le père — Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère? — Principes régissant une requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17(5), (9).*

Les parties résidaient à Saskatoon jusqu'à leur séparation en 1990. La mère a présenté une action en divorce et au procès a obtenu la garde permanente de l'enfant, tandis que le père s'est vu accorder un généreux droit d'accès. Lorsque le père a appris que la mère avait l'intention de déménager en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie, il a demandé la garde de l'enfant ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère d'amener l'enfant à l'extérieur de Saskatoon. La mère a déposé une demande incidente en vue de faire modifier les dispositions de l'ordonnance de garde touchant à l'accès afin qu'elle soit autorisée à faire de l'Australie la résidence de l'enfant. S'appuyant fortement sur le jugement de divorce et sur la conclusion de fait du premier juge portant que c'est à la mère qu'il

move to Australia with the child while granting the father liberal and generous access on one month's notice to be exercised in Australia only. The Court of Appeal upheld that order.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child. For that threshold to be met, the judge must be satisfied of (1) a change in the condition, means, needs or circumstances of the child or in the ability of the parents to meet the needs of the child, (2) which materially affects the child, and (3) which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order. An application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the initial custody order. The judge must assume the correctness of the initial order and consider only the change in circumstances since the order was issued.

If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them. The focus of the inquiry is not the interests and rights of the parents. Each case turns on its own unique circumstances and the only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case. Section 17(5) of the *Divorce Act* directs that the judge must consider the child's best interests "by reference" to the material change in circumstances. However, the inquiry cannot be confined to that change alone, isolated from the other factors bearing on the child's best interests. The inquiry, which is based on the findings of fact of the judge who made the initial or previous order as well as the evidence of the new circumstances, does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect. Once the applicant has discharged the burden of showing a material change in circumstances, both parents should bear the evidentiary burden of demonstrating where the best interests of the child lie. In assessing the best interests of the child, the judge should more partic-

convenait de confier la garde de l'enfant, le juge a rejeté la requête du père et modifié les modalités de l'ordonnance relatives au droit d'accès de façon à permettre à la mère de déménager en Australie avec l'enfant, tout en accordant au père, moyennant un avis d'un mois, un droit d'accès souple et généreux dont l'exercice se limitait à l'Australie. La Cour d'appel a maintenu l'ordonnance.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant. Pour satisfaire à cette exigence, le juge doit être convaincu de trois choses: (1) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante, et (3) il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale. La requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le juge doit présumer de la justesse de l'ordonnance initiale et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance.

Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir. L'accent n'est pas mis sur l'intérêt et les droits des parents. Chaque cas dépend de ses propres circonstances et l'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire. Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce* prescrit que le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, «défini en fonction» du changement important survenu dans la situation. Il ne peut toutefois confiner son analyse à ce seul changement, indépendamment des autres facteurs qui se rapportent à l'intérêt de l'enfant. Cette analyse, qui repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale ou précédente et sur la preuve de la nouvelle situation, ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier. Une fois que le requérant s'est acquitté de son fardeau de prouver l'existence d'un changement important dans la situation, les deux parents doivent assumer le fardeau de la preuve pour ce qui est d'établir l'intérêt de l'enfant. Dans l'appréciation de l'intérêt de

ularly consider, *inter alia*: (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent; (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent; (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents; (d) the views of the child; (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child; (f) disruption to the child of a change in custody; and (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know. The "maximum contact" principle mentioned in ss. 16(10) and 17(9) of the *Divorce Act* is mandatory but not absolute and the judge is only obliged to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests. As set out in s. 16(9) of the Act, parental conduct does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child. In the end, the importance of the child's remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new?

Where, as here, the child enjoyed frequent and meaningful contact with the access parent, a move that would seriously curtail that contact suffices to establish the necessary connection between the change and the needs and circumstances of the child. Further, since the terms of the previous order were premised on the child's residence remaining within a reasonable distance of the access parent, the move to Australia would clearly breach this provision. The judge was thus required to embark on a fresh appraisal of the best interests of the child. While he failed to give sufficient weight to all relevant factors, when all these factors are taken into account, the judge was correct in continuing the mother's custody of the child, despite her intended move to Australia. There is no support in the evidence, however, for restricting the father's access to Australia. Access in Canada would have the advantage of making the father's limited time with the child more natural while allowing the child to maintain contact with friends and extended family. Accordingly, the custody order

l'enfant, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants: a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien; b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit; c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents; d) l'opinion de l'enfant; e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où elle a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant; f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde; g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué. S'il est impératif, le principe du «contact maximum» mentionné aux par. 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*, n'est toutefois pas absolu et le juge n'est obligé de le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Comme le prévoit le par. 16(9) de la Loi, la conduite des parents ne fait partie de l'analyse que si elle se rapporte à l'aptitude du parent à pourvoir aux besoins de l'enfant. En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci: quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes?

Lorsque, comme en l'espèce, l'enfant entretenait avec le parent ayant un droit d'accès des contacts fréquents et valables, un déménagement qui restreindrait nettement ce contact suffit à établir le lien nécessaire entre le changement, d'une part, et les besoins et la situation de l'enfant, d'autre part. Par ailleurs, les modalités de l'ordonnance reposaient sur le maintien de la résidence de l'enfant dans un rayon raisonnable de la résidence du parent ayant un droit d'accès. Le déménagement en Australie violant manifestement cette disposition, le juge était tenu d'effectuer une nouvelle analyse de l'intérêt de l'enfant. Bien qu'il n'ait pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, si l'on tient compte de tous ces facteurs, le juge a eu raison de laisser la garde de l'enfant à la mère en dépit de son déménagement prévu en Australie. Cependant, rien dans la preuve ne justifie que le droit d'accès du père se limite à l'Australie. Si ce droit était exercé au Canada, les moments que le père passerait avec l'enfant seraient plus naturels et l'enfant pourrait maintenir un contact avec ses amis et sa famille élargie. En conséquence, l'ordonnance de garde devrait être maintenue et

should be upheld and the access order should be varied to provide for access to be exercisable in Canada.

*Per* Gonthier J.: The reasons of McLachlin J. are agreed with. There is also agreement with L'Heureux-Dubé J.'s explanations of factors pertinent to assessing the best interests of the child that are to be considered, though her views on onus of proof are not shared.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The notion of custody under the *Divorce Act* encompasses the right to choose the child's place of residence. Absent an agreement or a court order restricting the incidents of custody, such as the child's place of residence, it is thus within the custodial parent's powers to decide such a change of residence, subject to the right of the non-custodial parent to oppose such choice by seeking a variation of the custody or access terms under s. 17(5) of the Act. Parental agreements as to any right of the child should be encouraged since parents are generally in a better position to assess the best interests of the child, but these agreements are not binding on courts. Restrictions on the rights of custodial parents should be the exception, not the rule, and such restrictions should not be inferred from generous or specified access provisions without more.

The first consideration in an application for variation of custody or access orders under s. 17(5) of the Act is whether there has been a material change of circumstances in accordance with the guidelines in *Willick*. Once this threshold is reached, the next step is whether the change is such as to trigger a reappraisal of the whole situation of the parties and the children or only necessitates an assessment of the impact of the alleged change or changes on the custody of the child. It is only where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate that an assessment of the whole situation is warranted.

In assessing the merits of a variation application linked to the change of residence of the child by the custodial parent, the following guidelines must inform the courts:

1. All decisions as to custody and access must be made in the best interests of children, assessed from a

l'ordonnance relative au droit d'accès devrait être modifiée pour permettre que ce droit soit exercé au Canada.

*Le* juge Gonthier: Il y a accord avec les motifs du juge McLachlin. Il y a également accord avec l'explication que fait le juge L'Heureux-Dubé des facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, mais désaccord avec son opinion sur le fardeau de la preuve.

*Les* juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La notion de garde en vertu de la *Loi sur le divorce* comprend le droit de choisir le lieu de résidence de l'enfant. En l'absence d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire restreignant les attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il relève des pouvoirs du parent gardien de décider de ce changement de résidence, sous réserve du droit du parent non gardien de s'opposer à ce choix en demandant une ordonnance modificative des dispositions relatives à la garde ou à l'accès en vertu du par. 17(5) de la Loi. Les ententes conclues entre les parents sur quelque droit qui concerne l'enfant devraient être encouragées puisque les parents sont généralement les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, mais ces ententes ne lient pas les tribunaux. L'imposition de restrictions aux droits des parents gardiens devrait être l'exception et non la règle, et de telles restrictions ne sauraient être imposées uniquement sur la base de dispositions générales ou précises en matière d'accès, sans plus.

Dans toute requête en modification d'une ordonnance de garde ou d'accès sous le régime du par. 17(5) de la Loi, il y a d'abord lieu de se demander s'il est survenu un changement important dans la situation, conformément aux directives énoncées dans *Willick*. Une fois cette étape préliminaire franchie, la question est de savoir si le changement est tel qu'il nécessite un réexamen de l'ensemble de la situation des parties et des enfants ou simplement une évaluation de l'effet du ou des changements allégués sur la garde de l'enfant. Ce n'est que lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée qu'il est justifié de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation.

Lorsqu'ils évaluent le fond d'une requête en modification liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien, les tribunaux doivent se guider sur les principes suivants:

1. Toutes les décisions relatives à la garde et à l'accès doivent être prises dans l'intérêt des enfants, à partir de

child-centred perspective. The *Divorce Act* makes it clear that the best interests of the child are the only consideration to be taken into account in making orders concerning children. The objective of promoting maximum contact with the non-custodial parent, inasmuch as it is consistent with such interests, is an important consideration.

2. In the absence of explicit restrictions on the incidents of custody, such as the child's place of residence, it must be assumed that an existing custody order or agreement reflects the best interests of the child and that the appropriate decision-making authority lies with the custodial parent. The attribution of custody to one parent carries with it the presumption that such parent is the most able to ensure the best interests of the child. Before custody can be entrusted to one of the parents in divorce proceedings, a number of factors play a role in the assessment of the best interests of the child. The desirability of maintaining maximum contact between the child and both parents is an important factor, but the court must also balance such considerations as the child's physical, emotional, social and economic needs in light of the quality of his or her relationship with both parents, their respective ability to look after the child's best interests and, where the child is old and mature enough, his or her wishes and preferences. The assessment of the child's best interests also involves a consideration of the particular role and emotional bonding the child enjoys with his or her primary caregiver. If, after such an inquiry is conducted, or by mutual consent of the parties, a child's custody is entrusted to one of the parents, it necessarily follows that such parent has been found to be best able to ensure the best interests of the child, taking into account all the circumstances of the parties and the child. Given that day-to-day decisions affecting the child are clearly left to the custodial parent, there is no reason not to defer to his or her ability and responsibility to act in the child's best interests when it comes to other decisions, such as the change of residence of the child, which will necessarily take into account the impact of access to the non-custodial parent by the child. In both cases, if the decision constitutes a material change of circumstances, s. 17(5) of the Act allows for a variation inasmuch as such a decision will be found to impact on either the custody of the child or the access by the non-custodial parent.

3. In determining the best interests of the child under s. 17(5), courts must focus on the impact of the change of residence on the existing custody order and the

leur point de vue. La *Loi sur le divorce* précise que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance relative aux enfants. L'objectif qui consiste à maximiser le contact avec le parent non gardien, en autant qu'il soit compatible avec cet intérêt, est une considération importante.

2. En l'absence de restrictions explicites aux attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il faut présumer que l'ordonnance de garde ou l'entente qui existent déjà servent l'intérêt de l'enfant, et que l'autorité décisionnelle appropriée appartient au parent gardien. L'attribution de la garde à un parent emporte la présomption que ce dernier est le mieux en mesure de protéger l'intérêt de l'enfant. Avant que la garde soit attribuée à l'un des parents dans une action en divorce, plusieurs facteurs jouent un rôle dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. L'opportunité de favoriser un contact maximum entre l'enfant et ses deux parents est un facteur important, mais le tribunal doit aussi pondérer des facteurs comme les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l'enfant, à la lumière de la qualité de la relation que celui-ci entretient avec ses deux parents, de la capacité respective de ces derniers de veiller à son intérêt et, si l'enfant est suffisamment âgé et mûr, de son désir et de ses préférences. La détermination de l'intérêt de l'enfant commande également un examen du rôle particulier de la personne qui lui prodigue les soins essentiels et du lien affectif que l'enfant entretient avec elle. Si, après une telle analyse, ou du consentement mutuel des parties, la garde d'un enfant est confiée à l'un d'eux, il s'ensuit nécessairement que ce parent a été jugé le plus apte à assurer l'intérêt de l'enfant, compte tenu de toutes les circonstances des parties et de l'enfant. Étant donné que les décisions quotidiennes qui concernent l'enfant sont manifestement laissées au parent gardien, il n'y a aucune raison de ne pas s'en remettre à sa capacité et à sa responsabilité d'agir dans l'intérêt de l'enfant pour d'autres décisions, tel le changement de résidence de l'enfant, qui devra nécessairement tenir compte de l'impact de l'accès de l'enfant auprès du parent non gardien. Dans les deux cas, si la décision entraîne un changement important dans la situation, le par. 17(5) de la Loi permet une modification dans la mesure où cette décision sera jugée avoir des répercussions soit sur la garde de l'enfant, soit sur l'accès par le parent qui n'a pas la garde.

3. Pour déterminer l'intérêt de l'enfant en vertu du par. 17(5), les tribunaux doivent mettre principalement l'accent sur l'impact du changement de résidence sur

appropriate modifications to access as the case may be, and generally not proceed to a *de novo* appraisal of all the circumstances of the child and the parties, since s. 17(5) of the Act provides that “the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change”. This particular wording is indicative that where the change consists of the proposed relocation of the child by the custodial parent, what must be ascertained is the impact of such relocation on the existing custody order which must be assumed to properly ensure the child’s best interests. The best interests of the child are rightly presumed to lie with the custodial parent.

4. The non-custodial parent bears the onus of showing that the proposed change of residence will be detrimental to the best interests of the child to the extent that custody should be varied or, exceptionally, where there is cogent evidence that the child’s best interests could not in any reasonable way be otherwise accommodated, that the child should remain in the jurisdiction. The proposed change of residence of the child by the custodial parent will not justify a variation in custody unless the non-custodial parent adduces cogent evidence that the child’s relocation with the custodial parent will prejudice the child’s best interests and, further, that the quality of the non-custodial parent’s relationship with the child is of such importance to the child’s best interests that prohibiting the change of residence will not cause detriment to the child that is comparable to or greater than that caused by an order to vary custody. Where there is an agreement or court order explicitly restricting the child’s change of residence, the onus should shift to the custodial parent to establish that the decision to relocate is not made in order to undermine the access rights of the non-custodial parent and that he or she is willing to make arrangements with the non-custodial parent to restructure access, when appropriate, in light of the change of residence of the child.

The proposition that the determination of the best interests of the child under s. 17(5) is best left to the discretionary realm of questions of fact where each relevant factor is to be equally considered and where no party bears any specified burden of proof must be rejected because it fosters uncertainty in the application of the law and encourages litigation and ongoing parental conflict which clearly are not in the best interest of the children.

l’ordonnance de garde existante et les modifications qu’il convient d’apporter au droit d’accès le cas échéant, et, en règle générale, ne pas procéder à une évaluation *de novo* de toutes les circonstances de l’enfant et des parties, puisque le par. 17(5) de la Loi prévoit que «le tribunal [...] ne tient compte que de l’intérêt de l’enfant, défini en fonction de ce changement». Ce libellé particulier révèle que, lorsque le changement est le déménagement proposé de l’enfant par le parent gardien, ce qui doit être apprécié est l’impact de ce déménagement sur l’ordonnance de garde existante qui, elle, doit être présumée protéger adéquatement l’intérêt de l’enfant. Il y a lieu, à juste titre, de présumer qu’il est dans l’intérêt de l’enfant de demeurer avec le parent gardien.

4. Le parent qui n’a pas la garde assume le fardeau de démontrer que le changement de résidence projeté aura des conséquences néfastes sur l’intérêt de l’enfant, à tel point que la garde doit être modifiée ou, exceptionnellement, lorsqu’il existe une preuve convaincante qu’il n’y a pas d’autre solution raisonnable susceptible de servir son intérêt, que l’enfant doit demeurer dans la juridiction. Le changement de résidence de l’enfant proposé par le parent gardien ne justifie une modification de la garde que si le parent non gardien apporte une preuve convaincante que le déménagement de l’enfant avec le parent gardien causera préjudice à l’intérêt de l’enfant et, en outre, que la qualité du rapport du parent non gardien avec l’enfant revêt une telle importance pour l’intérêt de ce dernier que l’interdiction de changer de résidence ne causera pas à l’enfant un préjudice comparable à celui que causerait une ordonnance modifiant la garde, ou un préjudice encore plus grand. S’il existe une entente ou une ordonnance judiciaire restreignant explicitement le changement de résidence de l’enfant, il incombe au parent gardien d’établir que la décision de déménager ne vise pas à frustrer les droits d’accès du parent non gardien et qu’il est disposé à s’entendre avec ce dernier pour réviser l’accès, dans la mesure du possible, à la lumière du changement de résidence de l’enfant.

Il faut rejeter la thèse portant qu’il est préférable de laisser la détermination de l’intérêt de l’enfant en vertu du par. 17(5) dans le domaine discrétionnaire des questions de fait, où chaque facteur pertinent doit être considéré également et où aucune partie n’assume de fardeau de preuve particulier, parce qu’elle favorise l’incertitude dans l’application du droit et encourage les litiges et un conflit constant entre les parents, ce qui n’est manifestement pas dans l’intérêt de l’enfant.

Here, the change of residence, which involves moving to another country and was also unforeseen at the time the custody order was originally made, constitutes a material change in the circumstances of the child. The judge applied the correct test and, upon the evidence before him, properly concluded that the threshold upon which the merits of the application for variation could be considered had been met. Despite the father's alleged increased involvement in his child's life since the initial custody order, the custody challenge was essentially based on the inevitable limitation to his access rights the child's change of residence would involve. Since less than two years had elapsed between the date of the order entrusting custody of the child to the mother and her projected change of residence, this initial order clearly remains highly relevant upon consideration of the merits of the application for variation. All other considerations being equal, in such circumstances a variation application would normally be restricted to an appraisal of the impact of the child's change of residence on the prior custody determination as well as the appropriate modification to access as the case may be.

On the merits of the application, the judge did not err in law in concluding that the mother should be allowed to move with the child to Australia. The evidence supports his conclusion that the best interests of the child required upholding the custody of the mother. It was entirely proper for him to "rely heavily" on the divorce judge's determination that the best interests of the child were best served by entrusting custody to the mother and, accordingly, to examine the impact of the change of residence on such determination as well as the possible modifications to access. On the evidence, the judgment, in spite of its brevity, makes clear that the father did not satisfy the judge that the impact of the change of residence of the child was such as to warrant a variation of custody, particularly in light of the possibility of accommodating the father's access and contact with the child. The judge was thus correct in upholding the mother's custody of the child despite her intended move to Australia. He erred, however, in confining the exercise of the father's access to the child to Australia. The evidence does not support such a conclusion. The access

En l'espèce, le changement de résidence, qui implique un déménagement dans un autre pays et qui, en outre, n'avait pas été prévu au moment où l'ordonnance de garde initiale a été prononcée, constitue un changement important dans la situation de l'enfant. Le juge a appliqué le critère approprié et, compte tenu de la preuve qui lui a été présentée, il a, à juste titre, conclu qu'il avait été satisfait au critère préliminaire et que le fond de la requête en modification pouvait être examiné. En dépit de la participation accrue qu'aurait eue le père dans la vie de sa fille depuis l'ordonnance de garde initiale, sa contestation de la garde repose essentiellement sur la restriction inévitable que le changement de résidence de l'enfant est susceptible d'entraîner à l'égard de ses droits d'accès. Puisque moins de deux ans s'étaient écoulés entre la date de l'ordonnance initiale confiant la garde à la mère et la date du changement projeté de résidence de celle-ci, cette ordonnance demeure manifestement fort pertinente dans le cadre de l'examen du fond de la requête en modification. Tous autres facteurs étant par ailleurs égaux, une requête en modification se limiterait normalement, dans de telles circonstances, à l'évaluation de l'impact du changement de résidence de l'enfant sur la décision antérieure relative à la garde, de même qu'à la modification qu'il conviendra d'apporter au droit d'accès, le cas échéant.

Quant au fond de la requête, le juge n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la mère pouvait déménager avec l'enfant en Australie. La preuve appuie sa conclusion portant que l'intérêt de l'enfant exige que l'on maintienne la garde en faveur de la mère. Il était parfaitement approprié que le juge «s'appuie fortement» sur la décision antérieure du juge ayant prononcé le divorce portant qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'en confier la garde à la mère et, en conséquence, d'examiner l'impact du changement de résidence sur cette décision de même que les modifications qu'il y avait lieu d'apporter au droit d'accès. Sur la foi des éléments de preuve, le jugement, en dépit de sa brièveté, fait clairement ressortir que le père n'a pas convaincu le juge que l'impact du changement de résidence de l'enfant était tel qu'il justifiait une modification de la garde, compte tenu en particulier de la possibilité de faire les accommodements nécessaires pour favoriser l'accès et les contacts avec l'enfant. En conséquence, le juge a eu raison de conserver la garde de l'enfant à sa mère en dépit de son intention de déménager en Australie. Cependant, il a eu tort de confiner à l'Australie l'exercice du droit d'accès du père. La preuve n'appuie pas une telle conclusion. L'ordonnance relative au droit d'accès devrait être

order should be varied to provide for access to be exercisable in Canada.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; **referred to:** *Wilson v. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291; *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139; *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92; *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193; *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169; *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Wickham v. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Wainwright v. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387; *Korpesho v. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449, rev'g (1982), 31 R.F.L. (2d) 140; *Francis v. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209; *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; *Colley v. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281; *McGowan v. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281; *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405, aff'd (1984), 42 R.F.L. (2d) 166; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Bennett v. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353; *Appleby v. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307; *T. (K.A.) v. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214; *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; **approved:** *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; **disapproved:** *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; **referred to:** *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161; *Talbot v. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415; *Brothwell v. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405; *Adie v. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183; *Levesque v. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, aff'd [1995] 4 S.C.R. 592 (sub nom. *P. (M.) v. L.B. (G.)*); *W. (V.) v. S.*

modifiée pour permettre que ce droit soit exercé au Canada.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291; *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139; *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92; *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193; *Watson c. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169; *MacCallum c. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Wickham c. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Wainwright c. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387; *Korpesho c. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449, inf. (1982), 31 R.F.L. (2d) 140; *Francis c. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209; *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; *Colley c. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281; *McGowan c. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281; *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405, conf. par (1984), 42 R.F.L. (2d) 166; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Bennett c. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353; *Appleby c. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307; *T. (K.A.) c. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214; *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêt appliqué:** *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; **arrêt approuvé:** *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; **arrêt critiqué:** *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; **arrêts mentionnés:** *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161; *Talbot c. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415; *Brothwell c. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405; *Adie c. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183; *Levesque c. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, conf. par [1995] 4 R.C.S. 592 (sub nom. *P. (M.) c.*



(D.), [1996] 2 S.C.R. 108; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *P. (L.M.) v. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659; *Nash v. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704; *In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727; *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290; *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229; *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147; *Cabott v. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316; *Stewart v. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, leave to appeal refused, [1990] 1 S.C.R. vii; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Grant v. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96; *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996).

### Statutes and Regulations Cited

*Children Act 1989* (U.K.), 1989, c. 41, ss. 3(1), 8(1), 13(1)(b), (3).  
*Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 31(2), (5), (6).  
*Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c. C-13, s. 26(2), (6).  
*Children's Law Act*, S.S. 1990-91, c. C-8.1, ss. 6(5)(b), 8, 9(3).  
*Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 20(2), (5).  
*Civil Code of Quebec* [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 570, 653.  
*Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 604, 605.  
*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 5.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).  
*Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, s. 3(2), (5).  
*Declaration of the Rights of the Child* (1924).  
*Declaration of the Rights of the Child* (1959).  
*Divorce Act*, S.C. 1967-1968, c. 24 [later R.S.C. 1970, c. D-8].  
*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) [previously S.C. 1986, c. 4], ss. 16(1), (6) to (10), 17(1)(b), (5), (6), (9).  
*Family Law Act 1975* (Australia), No. 53 of 1975, ss. 63E [ad. No. 181 of 1987, s. 25], 64(1)(c) [am. No. 72 of 1983, s. 29; am. No. 181 of 1987, s. 26; am. No. 37 of 1991, s. 8].

*L.B. (G.); W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *P. (L.M.) c. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659; *Nash c. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704; *In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727; *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290; *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229; *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147; *Cabott c. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316; *Stewart c. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vii; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Grant c. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96; *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996).

### Lois et règlements cités

*Children Act 1989* (R.-U.), 1989, ch. 41, art. 3(1), 8(1), 13(1)(b), (3).  
*Children's Law Act*, R.S.N. 1990, ch. C-13, art. 26(2), (6).  
*Children's Law Act*, S.S. 1990-91, ch. C-8.1, art. 6(5)(b), 8, 9(3).  
*Code civil du Québec* [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 570, 653.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 604, 605.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).  
*Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 5.  
*Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-33, art. 3(2), (5).  
*Déclaration des droits de l'enfant* (1924).  
*Déclaration des droits de l'enfant* (1959).  
*Family Law Act 1975* (Australie), n° 53 de 1975, art. 63E [aj. n° 181 de 1987, art. 25], 64(1)(c) [mod. n° 72 de 1983, art. 29; mod. n° 181 de 1987, art. 26; mod. n° 37 de 1991, art. 8].  
*Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, art. 20(2), (5).  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) [auparavant S.C. 1986, ch. 4], art. 16(1), (6) à (10), 17(1)(b), (5), (6), (9).  
*Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24 [plus tard S.R.C. 1970, ch. D-8].  
*Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 31(2), (5), (6).

## Authors Cited

- Bailey, Martha J. "Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317.
- Bala, Nicholas, and Susan Miklas. *Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interests of Children?* Toronto: Policy Research Centre on Children Youth and Families, 1993.
- 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, 69.
- Bruch, Carol S., and Janet M. Bowermaster. "The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present" (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.
- Canada. Department of Justice. Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: Department of Justice, 1990.
- Canada. Department of Justice. Communications and Consultation Branch. *Custody and Access: Public Discussion Paper*. Ottawa: Department of Justice, 1993.
- Cohen, Mandy S. "A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws" (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- Eades, John. "A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?" (1995), 33 *Law Soc. J.* 46.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 13. Sydney: Butterworths, 1993.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 5(2), 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
- Hovius, Berend. "The Changing Role of the Access Parent" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123.
- How, W. Glen. "*Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109.
- King, Valarie. "Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?" (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

## Doctrine citée

- Bailey, Martha J. «Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317.
- Bala, Nicholas, and Susan Miklas. *Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interests of Children?* Toronto: Policy Research Centre on Children Youth and Families, 1993.
- 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, 69.
- Bruch, Carol S., and Janet M. Bowermaster. «The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present» (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.
- Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
- Canada. Ministère de la Justice. Direction des communications et de la consultation. *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1993.
- Cohen, Mandy S. «A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws» (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- Eades, John. «A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?» (1995), 33 *Law Soc. J.* 46.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 13. Sydney: Butterworths, 1993.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 5(2), 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
- Hovius, Berend. «The Changing Role of the Access Parent» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123.
- How, W. Glen. «*Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109.
- King, Valarie. «Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?» (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

- Kramer, Donald T. *Legal Rights of Children*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill, 1994.
- Krause, Harry D. *Family Law in a Nutshell*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.
- Krell, Robert. "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 175.
- Maccoby, Eleanor E., and Robert H. Mnookin. *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. Sydney: Croom Helm, 1984.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- McLeod, James G. Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433.
- McLeod, James G. Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129.
- McLeod, James G. Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100.
- McLeod, James G. *Child Custody Law and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Montgomery, John D. "Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches" (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Payne, Julien D., and Eileen Overend, "The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction" (1984), 15 *R.G.D.* 645.
- Payne, Julien D., and Kenneth L. Kallish. "A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 215.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Introduction to Canadian Family Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Richards, Martin. "Divorcing children: roles for parents and the state". In John Eekelaar and Mavis Maclean, eds., *Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, 249.
- Simler, Philippe. "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.
- Kramer, Donald T. *Legal Rights of Children*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill, 1994.
- Krause, Harry D. *Family Law in a Nutshell*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.
- Krell, Robert. «The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 175.
- Maccoby, Eleanor E., and Robert H. Mnookin. *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. Sydney: Croom Helm, 1984.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- McLeod, James G. Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433.
- McLeod, James G. Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129.
- McLeod, James G. Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100.
- McLeod, James G. *Child Custody Law and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Montgomery, John D. «Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches» (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Payne, Julien D., and Eileen Overend, «The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction» (1984), 15 *R.G.D.* 645.
- Payne, Julien D., and Kenneth L. Kallish. «A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 215.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Introduction to Canadian Family Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Richards, Martin. «Divorcing children: roles for parents and the state». In John Eekelaar and Mavis Maclean, eds., *Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, 249.
- Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

Sivin, Edward. "Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel" (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341.

Wallerstein, Judith S. "Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children" (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199.

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

Wilson, Jeffery. *Wilson on Children and the Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1994 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156, which dismissed the appellant's appeal from a judgment of Gagne J., allowing the respondent's application to vary the access provisions of the custody order and dismissing the appellant's application for custody of his child. Appeal allowed in part.

*Noel S. Sandomirsky*, for the appellant.

*Neil Turcotte and Deryk Kendall*, for the respondent.

*Carole Curtis and Donna Wilson*, for the intervenor LEAF.

*Daniel L. Goldberg and Jocelyn Kapusta*, for the intervenor the Children's Lawyer for Ontario.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

<sup>1</sup> MCLACHLIN J. — When parents separate, one typically enjoys custody of the child, the other access. So long as both parents live in the same area, this arrangement protects the child's continuing relationship with both parents. However, if the custodial parent decides to move away and change the principal residence of the child, the situation may change. The access parent may be unable to see the child as often as before, if at all. He or she may seek a review of the custody order, contending that removing the child from its familiar surroundings and restricting or depriving the child of access to the other parent is not in that child's best interests. With the prevalence of separated families

Sivin, Edward. «Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel» (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341.

Wallerstein, Judith S. «Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children» (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199.

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

Wilson, Jeffery. *Wilson on Children and the Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1994 (loose-leaf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Gagne, qui avait accueilli la requête de l'intimée en modification des droits d'accès contenus dans l'ordonnance de garde et rejeté la demande de garde de l'enfant présentée par l'appelant. Pourvoi accueilli en partie.

*Noel S. Sandomirsky*, pour l'appelant.

*Neil Turcotte et Deryk Kendall*, pour l'intimée.

*Carole Curtis et Donna Wilson*, pour l'intervenant FAEJ.

*Daniel L. Goldberg et Jocelyn Kapusta*, pour l'intervenant l'avocat des enfants pour l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — En général lors d'une séparation, l'un des parents obtient la garde de l'enfant tandis que l'autre obtient un droit d'accès. Tant et aussi longtemps que les deux parents vivent dans la même région, cet arrangement permet de maintenir la relation entre l'enfant et ses deux parents. En revanche, si le parent gardien décide de déménager et de changer le lieu de la résidence principale de l'enfant, la situation n'est plus la même. Il se peut que le parent ayant le droit d'accès ne puisse plus voir son enfant aussi fréquemment qu'auparavant, voire même plus du tout. Il peut alors demander une révision de l'ordonnance de garde pour le motif qu'il n'est pas

and the increasing mobility of modern society, such applications are more common. On this appeal, we are asked to establish the principles that should guide judges in making these difficult decisions.

## I. The Proceedings to Date

### A) *The Initial Order*

The family resided in Saskatoon until the events precipitating this case, and both parents enjoy a warm and loving relationship with their child. Upon separating from the child's father in November 1990, the mother petitioned for divorce under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.). She obtained an order for interim custody of the child. The order granted the father reasonable access on reasonable notice.

The father saw the child frequently following separation. A custody access study prepared before trial showed that the father had "consistently spent more time with the child" than the mother had in the post-separation period. In a mediated agreement pending trial and judgment, the mother and father agreed that the child would reside with both parents on a rotating basis, and that if one party moved, the child would continue to reside in Saskatoon with the other.

The matter of custody came on for trial before Carter J. of the Unified Family Court of the Saskatchewan Court of Queen's Bench in February 1993. She dissolved the marriage pending appeal and awarded the mother permanent custody of the child with generous access to the father: (1993), 111 Sask. R. 1. Following the trial, the father continued to spend more time with his daughter than allowed by the order. The mother did not usually object to the additional time; indeed, it helped her

dans l'intérêt de l'enfant de le retirer de son environnement familial et de restreindre ou nier le droit d'accès du parent requérant. Le nombre élevé de familles séparées et la mobilité sans cesse croissante de la société moderne rendent plus fréquentes ce genre de demandes. En l'espèce, nous sommes appelés à formuler les principes qui doivent guider les juges chargés de rendre ces difficiles décisions.

## I. Les ordonnances rendues à ce jour

### A) *L'ordonnance initiale*

La famille résidait à Saskatoon lorsque les événements ont précipité la présente affaire; les deux parents entretiennent avec leur enfant une relation tendre et affectueuse. Lors de sa séparation d'avec le père de l'enfant en novembre 1990, la mère a présenté une action en divorce en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.). Elle a obtenu la garde provisoire de l'enfant, tandis que le père a obtenu un droit d'accès acceptable moyennant un avis raisonnable.

Le père a vu l'enfant fréquemment après la séparation. Selon une étude sur la garde et l'accès réalisée avant le procès, le père a [TRADUCTION] «invariablement passé plus de temps avec l'enfant» que la mère dans la période qui a suivi la séparation. Dans une entente intervenue par suite d'une médiation en attendant le procès et le jugement, la mère et le père ont convenu que l'enfant résiderait avec les deux parents à tour de rôle et que, si l'une des parties déménageait, l'enfant continuerait à résider à Saskatoon avec l'autre.

Le juge Carter de la Cour unifiée de la famille de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a entendu la question de la garde en février 1993. Elle a prononcé la dissolution du mariage sous réserve d'un appel et confié à la mère la garde permanente de l'enfant, assortie d'un généreux droit d'accès au père: (1993), 111 Sask. R. 1. Après le procès, ce dernier a continué de passer avec sa fille plus de temps que ne le permettait l'ordonnance. En général, la mère ne s'est pas opposée à cette

to maintain a busy working schedule that often took her out of Saskatoon.

5 When the father learned in the fall of 1994 that the mother intended to move to Adelaide, Australia in January 1995, to study orthodontics, he applied for custody of the child, or alternatively, an order restraining the mother from moving the child from Saskatoon. The mother cross-applied to vary the access provisions of the custody order to permit her to move the child's residence to Australia.

#### B) *The Variation Order*

6 Gagne J. concluded that he should permit the child to go to Australia with her mother. After citing various decisions considering similar situations and noting the diverse results, he stated:

I relied heavily on Judge Carter's judgment and her findings of fact that the mother was the proper person to have custody of this child. There will be an order that the petitioner be allowed to move to Australia to study orthodontics and to take the child Samantha with her.

Now, the respondent will have liberal and generous access to Samantha in Australia on one month's notice and not to remove the child from Australia. Samantha's school should be interfered with as little as possible during these visits.

7 The Saskatchewan Court of Appeal upheld the order, finding "no serious error of principle" in the decision, and citing *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, in support of a conservative standard of review: (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156. The father now appeals to this Court seeking a change of custody, or alternatively, an order permitting access on terms which would allow the child to leave Australia.

dérogation qui, en fait, lui a permis de maintenir un horaire de travail chargé qui l'amenait fréquemment à l'extérieur de Saskatoon.

Lorsque le père a appris à l'automne 1994 que la mère avait l'intention de déménager à Adelaide en Australie en janvier 1995 pour y poursuivre des études en orthodontie, il a demandé la garde de l'enfant ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère d'amener l'enfant à l'extérieur de Saskatoon. La mère a déposé une demande incidente en vue de faire modifier les dispositions de l'ordonnance de garde touchant à l'accès afin qu'elle soit autorisée à faire de l'Australie la résidence de l'enfant.

#### B) *L'ordonnance modificative*

Le juge Gagne a statué qu'il devait permettre que l'enfant suive sa mère en Australie. Après avoir cité différentes décisions concernant des situations semblables et signalé les résultats divers, il a déclaré:

[TRADUCTION] Je me suis fortement appuyé sur le jugement du juge Carter et sur sa conclusion de fait portant que c'est à la mère qu'il convient de confier la garde de l'enfant. L'ordonnance autorisera la requérante à déménager en Australie pour y étudier l'orthodontie et à y amener l'enfant Samantha avec elle.

L'intimé jouira d'un droit d'accès souple et généreux auprès de Samantha en Australie à condition qu'il donne un mois d'avis et qu'il n'amène pas l'enfant à l'extérieur de l'Australie. Ces visites devront gêner le moins possible les classes de Samantha.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a maintenu l'ordonnance, n'ayant constaté dans la décision [TRADUCTION] «aucune erreur de principe grave», et a cité l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, pour justifier l'application d'une norme de contrôle modérée: (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156. Le père se pourvoit maintenant devant notre Cour en vue de faire modifier l'ordonnance de garde ou, subsidiairement, d'obtenir une ordonnance lui accordant un droit d'accès aux termes duquel l'enfant pourra quitter l'Australie.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

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.

(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.

(7) Without limiting the generality of subsection (6), the court may include in an order under this section a term requiring any person who has custody of a child of the marriage and who intends to change the place of residence of that child to notify, at least thirty days before the change or within such other period before the change as the court may specify, any person who is granted access to that child of the change, the time at which the change will be made and the new place of residence of the child.

(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 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. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)

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.

(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.

(7) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (6), le tribunal peut inclure dans l'ordonnance qu'il rend au titre du présent article une disposition obligeant la personne qui a la garde d'un enfant à charge et qui a l'intention de changer le lieu de résidence de celui-ci d'informer au moins trente jours à l'avance, ou dans le délai antérieur au changement que lui impartit le tribunal, toute personne qui a un droit d'accès à cet enfant du moment et du lieu du changement.

(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 conduite 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. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

(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.

(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.

(6) In making a variation order, the court shall not take into consideration any conduct that under this Act could not have been considered in making the order in respect of which the variation order is sought.

(6) En rendant une ordonnance modificative, le tribunal ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance dont la modification a été demandée.

(9) In making a variation order varying a custody order, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each former spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, where the variation order would grant custody of the child to a person who does not currently have custody, the court shall take into consideration the willingness of that person to facilitate such contact.

(9) En rendant une ordonnance modificative d'une ordonnance de garde, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, si l'ordonnance modificative doit accorder la garde à une personne qui ne l'a pas actuellement, le tribunal tient compte du fait que cette personne est disposée ou non à faciliter ce contact.

### III. The Issue

### III. La question en litige

This appeal raises only one issue: did the trial and appeal court err in permitting the child to move to Australia with her mother, the custodial parent? This is the first time this Court has considered the effect of a custodial parent's move on custody and access. Accordingly, both the parties and the two interveners, the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) and the Children's Lawyer for Ontario invited us to consider the principles which should guide judges in dealing with such applications in the future.

Le présent pourvoi soulève une seule question: les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère, le parent gardien? C'est la première fois que la Cour a à analyser l'incidence du déménagement du parent gardien sur la garde et l'accès. Pour cette raison, les parties et les deux intervenants, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et l'avocat des enfants pour l'Ontario, nous ont priés d'examiner les principes qui devraient guider les juges appelés dans l'avenir à se pencher sur cette question.

### IV. Analysis

### IV. Analyse

The principles which govern an application for a variation of an order relating to custody and access are set out in the *Divorce Act*. The Act directs a

Les principes qui régissent la requête en modification d'une ordonnance relative à la garde et à l'accès sont énoncés dans la *Loi sur le divorce*, qui



two-stage inquiry. First, the party seeking variation must show a material change in the situation of the child. If this is done, the judge must enter into a consideration of the merits and make the order that best reflects the interests of the child in the new circumstances. I propose to discuss each stage in turn.

#### A) *The Threshold Condition: Material Change*

Before the court can consider the merits of the application for variation, it must be satisfied there has been a material change in the circumstances of the child since the last custody order was made. Section 17(5) provides that the court shall not vary a custody or access order absent a change in the "condition, means, needs or other circumstances of the child". Accordingly, if the applicant is unable to show the existence of a material change, the inquiry can go no farther: *Wilson v. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (Sask. C.A.).

The requirement of a material change in the situation of the child means that an application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the original custody order. The court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued: *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (B.C.C.A.); *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (Ont. C.A.); *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (N.S.S.C.), at p. 194.

What suffices to establish a material change in the circumstances of the child? Change alone is not enough; the change must have altered the child's needs or the ability of the parents to meet those needs in a fundamental way: *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (B.C.S.C.). The question is whether the previous order might have been different had the circumstances now existing pre-

commande une analyse à deux volets. La partie requérante doit d'abord faire la preuve qu'un changement important est survenu dans la situation de l'enfant. Si elle réussit, le juge doit se prononcer sur le bien-fondé de la requête et rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. Je me propose d'analyser chacune des deux étapes à tour de rôle.

#### A) *L'exigence préliminaire: un changement important*

Avant d'examiner le bien-fondé de la requête en modification, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde. Aux termes du par. 17(5), le tribunal ne modifie l'ordonnance de garde ou d'accès que s'il est survenu un changement dans les «ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant». Aussi l'analyse prendra-t-elle fin à cette étape si le requérant ne réussit pas à établir l'existence d'un changement important: *Wilson c. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (C.A. Sask.).

L'exigence d'un changement important dans la situation de l'enfant signifie que la requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance: *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (C.A.C.-B.); *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (C.A. Ont.); *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (C.S.N.-É.), à la p. 194.

Quand aura-t-on établi un changement important dans la situation de l'enfant? Le changement seul ne suffit pas; il doit avoir modifié fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir: *Watson c. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (C.S.C.-B.). La question est de savoir si l'ordonnance antérieure aurait pu être différente si la situation actuelle avait alors existé:

vailed earlier: *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (P.E.I.S.C.). Moreover, the change should represent a distinct departure from what the court could reasonably have anticipated in making the previous order. "What the court is seeking to isolate are those factors which were not likely to occur at the time the proceedings took place": J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), at p. 11-5.

*MacCallum c. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (C.S.Î-P.-É.). En outre, le changement doit refléter une situation nettement différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance. [TRADUCTION] «Le tribunal cherche à dégager les facteurs qui n'étaient pas susceptibles de se produire au moment de la procédure»: J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), à la p. 11-5.

13 It follows that before entering on the merits of an application to vary a custody order the judge must be satisfied of: (1) a change in the condition, means, needs or circumstances of the child and/or the ability of the parents to meet the needs of the child; (2) which materially affects the child; and (3) which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order.

Il s'ensuit qu'avant de se pencher sur le bien-fondé d'une requête en modification d'une ordonnance de garde, le juge doit être convaincu de trois choses: (1) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante; et (3) il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale.

14 These are the principles which determine whether a move by the custodial parent is a material change in the "condition, means, needs or other circumstances of the child". Relocation will always be a "change". Often, but not always, it will amount to a change which materially affects the circumstances of the child and the ability of the parent to meet them. A move to a neighbouring town might not affect the child or the parents' ability to meet its needs in any significant way. Similarly, if the child lacks a positive relationship with the access parent or extended family in the area, a move might not affect the child sufficiently to constitute a material change in its situation. Where, as here, the child enjoyed frequent and meaningful contact with the access parent, a move that would seriously curtail that contact suffices to establish the necessary connection between the change and the needs and circumstances of the child.

Ce sont là les principes qui permettent de déterminer si un déménagement par celui des parents qui a la garde constitue un changement important dans «les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant». Le déménagement sera toujours un «changement». Fréquemment, mais pas toujours, il engendra un changement qui modifie de façon importante la situation de l'enfant et la capacité du parent de pourvoir à ses besoins. Un déménagement dans une ville avoisinante peut ne pas toucher de façon importante l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins. De même, si l'enfant n'a pas de relation positive avec le parent qui jouit d'un droit d'accès ou avec la famille élargie qui se trouve dans la région, il peut arriver qu'un déménagement ne l'affecte pas suffisamment pour constituer un changement important dans sa situation. Lorsque, comme en l'espèce, l'enfant entretenait avec le parent ayant un droit d'accès des contacts fréquents et valables, un déménagement qui restreindrait nettement ce contact suffit à établir le lien nécessaire entre le changement, d'une part, et les besoins et la situation de l'enfant, d'autre part.

15 The third branch of the threshold requirement of material change requires that the relocation of the

Le troisième volet de l'exigence préliminaire du changement important requiert que le déménage-

custodial parent not have been within the reasonable contemplation of the judge who issued the previous order: *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401. If a future move by the custodial parent was considered and not disallowed by the order sought to be varied, the access parent may be barred from bringing an application for variation on that ground alone. The same reasoning applies to a court-sanctioned separation agreement which contemplates a future move. In such cases, the application for variation amounts to an appeal of the original order.

Conversely, an order which specifies precise terms of access may lead to an inference that a move which would "effectively destroy that right of access" constitutes a material change in circumstances justifying a variation application. (See *Wickham v. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448 (Ont. C.A.), at p. 453; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321 (Ont. C.A.), at p. 324; and see generally on this point *Wainwright v. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387 (N.S.S.C.); *Korpesho v. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449 (Man. C.A.), rev'g (1982), 31 R.F.L. (2d) 140 (Man. Q.B.)) Where, as here, the custody order stipulates terms of access on the assumption that the child's principal residence will remain near the access parent, the third branch of the threshold requirement of a material change in circumstance is met.

## B) *The Best Interests of the Child*

### (1) The Test

The threshold condition of a material change in circumstance satisfied, the court should consider the matter afresh without defaulting to the existing arrangement: *Francis v. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (Sask. C.A.), at p. 217. The earlier conclusion that the custodial parent was the best person to have custody is no longer determinative, since the existence of material change presupposes that the terms of the earlier order might have been different

ment du parent gardien n'ait pu être raisonnablement prévisible par le juge qui a prononcé l'ordonnance antérieure: *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401. Si la question d'un déménagement éventuel du parent gardien a été examinée et que l'ordonnance dont on demande la modification ne l'a pas interdit, il se peut que la requête en modification du parent ayant un droit d'accès soit irrecevable si elle est fondée sur ce seul motif. Le même raisonnement vaut quant à l'entente de séparation, sanctionnée par le tribunal, qui prévoit un déménagement éventuel. La requête en modification équivaut alors à un appel de l'ordonnance initiale.

Inversement, l'ordonnance qui énonce des modalités précises d'exercice du droit d'accès peut mener à la conclusion qu'un déménagement [TRADUCTION] «anéantissant en réalité ce droit d'accès» constitue un changement important dans la situation, qui justifie une requête en modification. (Voir *Wickham c. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448 (C.A. Ont.), à la p. 453; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321 (C.A. Ont.), à la p. 324; et voir de façon générale sur ce point *Wainwright c. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387 (C.S.N.-É.); *Korpesho c. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449 (C.A. Man.), inf. (1982), 31 R.F.L. (2d) 140 (B.R. Man.)) Lorsque, comme en l'espèce, l'ordonnance de garde énonce les modalités d'exercice du droit d'accès en tenant pour acquis que la résidence principale de l'enfant demeurera près de celle du parent qui jouit de ce droit d'accès, le troisième volet de l'exigence préliminaire du changement important dans la situation est respecté.

## B) *L'intérêt de l'enfant*

### (1) Le critère

Une fois établie l'existence d'un changement important dans la situation, le tribunal doit à nouveau analyser la question sans s'en tenir à l'arrangement existant: *Francis c. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (C.A. Sask.), à la p. 217. La conclusion précédente portant que le parent gardien était le plus apte à obtenir la garde de l'enfant n'est plus déterminante puisque l'existence d'un changement important présuppose que les modalités de l'or-

had the change been known at the time. (*Willick v. Willick*, *supra*, at p. 688, *per* Sopinka J.) The judge on the variation application must consider the findings of fact made by the first judge as well as the evidence of changed circumstances (*Wesson v. Wesson*, *supra*, at p. 194) to decide what custody arrangement now accords with the best interests of the child. The threshold of material change met, it is error for the judge on a variation application simply to defer to the views of the judge who made the earlier order. The judge on the variation application must consider the matter anew, in the circumstances that presently exist.

donnance antérieure auraient pu être différentes si le changement avait été connu à l'époque. (*Willick c. Willick*, précité, à la p. 688, le juge Sopinka). Le juge qui entend la requête en modification doit tenir compte des conclusions de fait tirées par le premier juge ainsi que de la preuve relative à la nouvelle situation (*Wesson c. Wesson*, précité, à la p. 194) pour décider quel arrangement relatif à la garde est maintenant compatible avec l'intérêt de l'enfant. Une fois franchie l'étape préliminaire du changement important, le juge qui entend la requête en modification aurait tort de simplement s'en remettre aux opinions du juge qui a prononcé l'ordonnance précédente. Il doit considérer l'affaire d'un œil nouveau, en tenant compte de la situation qui existe alors.

18

Section 17(5) of the *Divorce Act* directs that the judge must consider the child's best interests "by reference" to the material change in circumstances. However, the inquiry cannot be confined to that change alone, isolated from the other factors bearing on the child's best interests. In *Willick v. Willick*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. discussed (at pp. 734-35) the scope of review of support orders in the context of similar wording in s. 17(4):

Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce* prescrit que le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, «défini en fonction» du changement important survenu dans la situation. Il ne peut toutefois confiner son analyse à ce seul changement, indépendamment des autres facteurs qui se rapportent à l'intérêt de l'enfant. Dans *Willick c. Willick*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a analysé, aux pp. 734 et 735, la portée du contrôle des ordonnances alimentaires dans le contexte du libellé semblable du par. 17(4):

Once a sufficient change that will justify variation has been identified, the court must next determine the extent to which it will reconsider the circumstances underlying, and the basis for, the support order itself. For the reasons below, I believe that it is artificial for a court to restrict its analysis strictly to the change which has justified variation. Moreover, while a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, then an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties and the children which recognizes the interrelationship between the many factors to be considered is in order. [Emphasis added.]

Une fois établie l'existence d'un changement suffisant pour justifier la modification, le tribunal doit ensuite déterminer la mesure dans laquelle il va réexaminer les circonstances et le fondement de l'ordonnance alimentaire elle-même. Pour les motifs qui suivent, je crois que le tribunal restreindrait artificiellement son analyse s'il se bornait au changement justifiant la modification. De plus, bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente des parties et des enfants, qui tienne compte de la corrélation entre les nombreux facteurs à considérer. [Je souligne.]

The same principle holds true when an applicant is able to demonstrate a material change in circumstances in a custodial variation proceeding. In order to determine the child's best interest, the judge must consider how the change impacts on all aspects of the child's life. To put it another way,

Le même principe vaut lorsqu'un requérant est en mesure de démontrer l'existence d'un changement important dans la situation dans le cadre d'une instance en modification de la garde. Pour déterminer ce en quoi consiste l'intérêt de l'enfant, le juge doit évaluer l'impact du changement sur tous les

the material change places the original order in question; all factors relevant to that order fall to be considered in light of the new circumstances.

What principles should guide the judge on this fresh review of the situation? This inquiry takes us to the last clause of s. 17(5) of the *Divorce Act*: "... 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". The amendments to the *Divorce Act* in 1986 (S.C. 1986, c. 4 (now R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)) elevated the best interests of the child from a "paramount" consideration, to the "only" relevant issue.

The best interests of the child test has been characterized as "indeterminate" and "more useful as legal aspiration than as legal analysis": *per* Abella J.A. in *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (Ont. C.A.), at p. 443. Nevertheless, it stands as an eloquent expression of Parliament's view that the ultimate and only issue when it comes to custody and access is the welfare of the child whose future is at stake. The multitude of factors that may impinge on the child's best interest make a measure of indeterminacy inevitable. A more precise test would risk sacrificing the child's best interests to expediency and certainty. Moreover, Parliament has offered assistance by providing two specific directions — one relating to the conduct of the parents, the other to the ideal of maximizing beneficial contact between the child and both parents.

In s. 16(9), Parliament has stipulated that the judge "shall not take into consideration the past conduct of any person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child". This instruction is effectively incorporated into a variation proceeding by virtue of s. 17(6). Parental conduct, however meritorious or however reprehensible, does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child.

aspects de la vie de l'enfant. En d'autres termes, le changement important met l'ordonnance initiale en question; tous les facteurs pertinents quant à cette ordonnance doivent être examinés à la lumière de la nouvelle situation.

Quels principes devraient guider le juge dans ce nouvel examen de la situation? Cette question nous amène à la dernière partie du par. 17(5) de la *Loi sur le divorce*, aux termes duquel «[le tribunal] ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative». Les modifications apportées en 1986 à la *Loi sur le divorce* (S.C. 1986, ch. 4 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)) ont élevé l'intérêt de l'enfant de facteur «prépondérant» qu'il était au statut d'unique facteur pertinent.

Le critère de l'intérêt de l'enfant a été jugé [TRANSDUCTION] «indéterminé» et [TRADUCTION] «plus utile à titre d'aspiration que d'analyse juridique»: le juge Abella dans *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.), à la p. 443. Il est néanmoins tout à fait évident que le législateur souhaite ainsi que la seule et unique question, en matière de garde et d'accès, soit le bien-être de l'enfant dont l'avenir est en jeu. La multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l'intérêt de l'enfant rend inévitable un certain degré d'indétermination. Un critère davantage précis risquerait de sacrifier l'intérêt de l'enfant au profit de l'opportunisme et de la certitude. En outre, le législateur a offert une certaine assistance en formulant deux directives précises, qui se rapportent l'une à la conduite des parents et l'autre à l'idéal de la maximisation des contacts bénéfiques entre l'enfant et les deux parents.

Au paragraphe 16(9), le législateur a édicté que le juge «ne tient pas compte de la conduite 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». Cette directive est effectivement incorporée dans la procédure de modification prévue au par. 17(6). La conduite des parents, aussi méritoire ou répréhensible soit-elle, ne fait partie de l'analyse que si elle se rapporte à l'aptitude du parent à pourvoir aux besoins de l'enfant.

19

20

21

22

This stipulation is important in applications for variation of custody based on relocation of the custodial parent. All too often, such applications have descended into inquiries into the custodial parent's reason or motive for moving (see *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53 (Ont. C.A.); *Colley v. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281 (Ont. U.F.C.), and J. G. McLeod, Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100, at p. 103). If the move is considered "necessary", the decision is considered justified, entitling the parent to retain custody in the new location. If, on the other hand, it is made for a less noble reason, the custodial parent may be required to choose between losing custody or moving. The focus thus shifts from the best interests of the child to the conduct of the custodial parent.

Cette disposition est importante en ce qui a trait aux requêtes en modification de garde fondées sur le déménagement du parent gardien. Trop souvent, de telles requêtes ont tourné en analyse des motifs qui amènent le parent gardien à déménager (voir *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53 (C.A. Ont.); *Colley c. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281 (C.U.F. Ont.), et J. G. McLeod, Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100, à la p. 103). Si le déménagement est jugé «nécessaire», la décision s'en trouve justifiée, et le parent peut conserver la garde de l'enfant dans le nouveau lieu de résidence. Si, par contre, le déménagement répond à un motif moins noble, le parent gardien peut être contraint de choisir entre la garde et le déménagement. On met alors l'accent non plus sur l'intérêt de l'enfant, mais sur la conduite du parent gardien.

23

Under the *Divorce Act*, the custodial parent's conduct can be considered only if relevant to his or her ability to act as parent of the child. Usually, the reasons or motives for moving will not be relevant to the custodial parent's parenting ability. Occasionally, however, the motive may reflect adversely on the parent's perception of the needs of the child or the parent's judgment about how they may best be fulfilled. For example, the decision of a custodial parent to move solely to thwart salutary contact between the child and access parent might be argued to show a lack of appreciation for the child's best interests: see *McGowan v. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281 (Ont. H.C.); *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (Sask. Q.B.), aff'd (1984), 42 R.F.L. (2d) 166 (Sask. C.A.). However, absent a connection to parenting ability, the custodial parent's reason for moving should not enter into the inquiry.

Sous le régime de la *Loi sur le divorce*, on ne peut tenir compte de la conduite du parent gardien que si elle est pertinente quant à son aptitude à agir à titre de parent de l'enfant. En général, les raisons qui motivent un déménagement n'auront aucun rapport avec l'aptitude du parent gardien à agir à titre de père ou de mère. À l'occasion toutefois, le motif du déménagement peut avoir une incidence négative sur la façon dont le parent perçoit les besoins de l'enfant ou sur son jugement quant à la meilleure façon d'y pourvoir. Ainsi, on pourrait prétendre que la décision d'un parent gardien de déménager dans l'unique but de nuire aux contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès révèle un désintéressement pour l'intérêt de l'enfant: voir *McGowan c. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281 (H.C. Ont.); *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (B.R. Sask.), conf. par (1984), 42 R.F.L. (2d) 166 (C.A. Sask.). Toutefois, s'ils ne sont pas liés à l'aptitude du parent, les motifs du déménagement du parent gardien ne devraient pas entrer en ligne de compte.

24

The second factor which Parliament specifically chose to mention in assessing the best interests of the child is maximum contact between the child and both parents. Both ss. 16(10) and 17(9) of the Act require that "the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have

Le second facteur que le législateur a choisi de mentionner expressément dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant est la maximisation des contacts entre l'enfant et les deux parents. Les paragraphes 16(10) et 17(9) de la Loi requièrent tous deux que «le tribunal applique le principe selon lequel l'en-

as much contact with each former spouse as is consistent with the best interests of the child". The sections go on to say that for this purpose, the court "shall take into consideration the willingness of [the applicant] to facilitate" the child's contact with the non-custodial parent. The "maximum contact" principle, as it has been called, is mandatory, but not absolute. The Act only obliges the judge to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests; if other factors show that it would not be in the child's best interests, the court can and should restrict contact: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 117-18, *per* McLachlin J.

The reduction of beneficial contact between the child and the access parent does not always dictate a change of custody or an order which restricts moving the child. If the child's needs are likely to be best served by remaining with the custodial parent, and this consideration offsets the loss or reduction in contact with the access parent, then the judge should not vary custody and permit the move. This said, the reviewing judge must bear in mind that Parliament has indicated that maximum contact with both parents is generally in the best interests of the child.

(2) The Argument for a Presumption in Favour of the Custodial Parent

The child's mother argues that the inquiry into the best interests of the child should begin with a presumption in favour of the custodial parent. This would place the onus on the access parent to show why remaining with the custodial parent is not in the child's best interest. I have concluded that this submission must fail. However, before considering the arguments for and against a presumption in favour of the custodial parent, it may be useful to canvass briefly its history.

In the early years of the *Divorce Act*, S.C. 1967-1968, c. 24 (later R.S.C. 1970, c. D-8), some

fant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt». À cette fin, le tribunal «tient compte du fait que [le requérant] est dispos[é] ou non à faciliter» le contact de l'enfant avec le parent qui n'en a pas la garde. S'il est impératif, le principe du «contact maximum», comme on l'a appelé, n'est toutefois pas absolu. La Loi se contente d'obliger le juge à ne le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant; si d'autres éléments révèlent que l'application du principe ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 117 et 118, le juge McLachlin.

La diminution des contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès ne commande pas à tout coup une modification du droit de garde ni une ordonnance qui interdit le déménagement de l'enfant. Si, selon toute vraisemblance, il sera plus adéquatement pourvu aux besoins de l'enfant si celui-ci demeure avec le parent gardien, et que cet élément compense pour la perte ou la diminution des contacts avec le parent ayant un droit d'accès, le juge devrait se garder de modifier la garde, et permettre le déménagement. Cela étant dit, le juge chargé de la révision doit garder à l'esprit que le législateur a précisé que le contact maximum avec le père et la mère est généralement dans l'intérêt de l'enfant.

(2) L'argument à l'appui d'une présomption favorable au parent gardien

La mère de l'enfant soutient que l'analyse de l'intérêt de l'enfant devrait reposer sur une présomption favorable au parent gardien. Il incomberait alors au parent ayant un droit d'accès de démontrer pourquoi demeurer avec le parent gardien n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. À mon avis, cette prétention doit échouer. Avant de me pencher sur les arguments soumis à l'appui et à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien, je crois cependant utile de revoir brièvement son évolution.

Au lendemain de l'adoption de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24 (plus tard S.R.C.

25

26

27

judges expressed the view that a custodial parent should be permitted to move with the child provided the decision to move was reasonable and absent an agreement or court order to the contrary. This approach was first signalled in *Wright v. Wright*, *supra*, where relocation was considered in the context of a separation agreement which provided for reasonable access to the father, but permitted the mother to live "at such place as she shall think fit" (p. 324). From its limited recognition in *Wright*, the presumption came to be more generally endorsed in subsequent cases: *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (Ont. H.C.); *Wells v. Wells*, *supra*; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (Ont. C.A.). To challenge successfully the custodial parent's right to remove the child from the jurisdiction, the access parent had first to show the existence of "special circumstances" which would indicate why the normal rule should not apply: "There is unassailable authority for the proposition that, in the absence of special circumstances, a parent who has custody has the right to remove the children without the permission of the other parent" (*Field v. Field*, *supra*, at p. 280, *per Osler J.*).

1970, ch. D-8), certains juges ont exprimé l'opinion qu'un parent gardien devrait être autorisé à déménager avec l'enfant pour autant que la décision de déménager soit raisonnable et qu'il n'existe aucune entente ni aucune ordonnance judiciaire l'interdisant. Ce point de vue a pour la première fois été signalé dans l'arrêt *Wright c. Wright*, précité, où le déménagement a été examiné dans le contexte d'une entente de séparation octroyant un droit d'accès raisonnable au père, mais permettant à la mère de vivre [TRADUCTION] «là où elle l'estimait opportun» (p. 324). À peine reconnue dans l'arrêt *Wright*, la présomption est devenue plus généralement acceptée dans les affaires subséquentes: *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (H.C. Ont.); *Wells c. Wells*, précité; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (C.A. Ont.). Pour contester avec succès le droit du parent gardien d'amener l'enfant à l'extérieur d'un ressort, le parent ayant un droit d'accès devait d'abord établir l'existence de «circonstances spéciales» révélant pourquoi la règle normale ne devait pas s'appliquer: [TRADUCTION] «Des sources inattaquables permettent de soutenir qu'en l'absence de circonstances spéciales, le parent gardien a le droit de déplacer les enfants sans l'autorisation de l'autre parent» (*Field c. Field*, précité, à la p. 280, le juge Osler).

28

The 1985 *Divorce Act* now instructs courts that the interests of the parents are no longer relevant in custody determinations. As noted previously, the child's best interests are not merely "paramount", they are the only consideration. The revised Act also introduced statutory recognition of the principle that children generally benefit from contact with both parents. In the wake of these amendments, some judges began to question whether a presumption in favour of the custodial spouse should apply, and suggested that the only issue was whether the interests of the child would be better served by permitting the child to move with the custodial parent than by maintaining the status quo, where the move is contingent on the retention of custody, or transferring custody to the remaining parent: *Bennett v. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353 (Ont. Fam. Ct.), at p. 358; *Appleby v. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307 (Ont. H.C.), at

Conformément à la *Loi sur le divorce* de 1985, les tribunaux sont maintenant tenus de ne plus prendre en compte l'intérêt des parents dans les décisions relatives à la garde. Comme je l'ai signalé précédemment, l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement «prépondérant», il est l'unique critère. La Loi révisée reconnaît également le principe que les enfants tirent généralement profit d'un contact avec les deux parents. À la suite de ces modifications, certains juges ont commencé à douter qu'il faille appliquer une présomption favorable à l'époux gardien, et ont donné à entendre que l'unique question était de savoir s'il était davantage dans l'intérêt de l'enfant de lui permettre de déménager avec le parent gardien que de maintenir le statu quo, lorsque le déménagement est subordonné au maintien de la garde, ou de confier la garde à l'autre parent: *Bennett c. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353 (C. fam. Ont.), à la



p. 315; *T. (K.A.) v. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214 (Ont. U.F.C.).

The Ontario Court of Appeal weighed both views in *Carter v. Brooks*, *supra*. Morden A.C.J.O., speaking for the court, rejected the idea of a presumption in favour of the custodial parent. In his view, “[b]oth parents should bear an evidential burden” of showing where the best interests of the child lie. He agreed that while judges should accord a “reasonable measure of respect” to the views of the custodial parent, whose own best interests are relevant in determining those of the child, they should not be obliged to defer to the custodial parent as a matter of law. Rather, the judge should balance the relevant factors “without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have” (p. 63). The process should not “begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof” (p. 63). In Morden A.C.J.O.’s view, “[t]his over-emphasizes the adversary nature of the proceeding and depreciates the Court’s *parens patriae* responsibility” (p. 63). He rejected the language of parental “rights” which coloured some earlier cases, stating (at p. 61):

... the only principle that governs is that of the best interests of the child and ... it does not assist in applying this principle to rely upon a mechanical proposition such as that quoted in *Landry* which includes the expression ‘*the right to remove*’. [Emphasis in original.]

Having rejected the notion of a presumption in favour of the custodial parent, Morden A.C.J.O. went on to identify a non-exhaustive list of factors relevant to the child’s best interests, including the existing custody arrangement, the closeness of the relationship between the child and access parent, the views of the child, the reason for the move, and the “maximum contact” principle of ss. 16(10) and 17(9) of the *Divorce Act*.

p. 358; *Appleby c. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307 (H.C. Ont.), à la p. 315; *T. (K.A.) c. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214 (C.U.F. Ont.).

La Cour d’appel de l’Ontario a considéré les deux points de vue dans *Carter c. Brooks*, précité. S’exprimant au nom de la cour, le juge en chef adjoint Morden a écarté l’idée d’une présomption favorable au parent gardien. À son avis, [TRADUCTION] «[l]es deux parents devraient assumer le fardeau de la preuve» pour ce qui est d’établir l’intérêt de l’enfant. Il a convenu que, bien qu’ils soient tenus de [TRADUCTION] «respecter dans une mesure raisonnable» les opinions du parent gardien, dont l’intérêt est pertinent pour déterminer celui de l’enfant, les juges ne devraient pas être tenus en droit de s’en remettre au parent gardien. Au contraire, le juge doit soupeser les facteurs pertinents [TRADUCTION] «sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d’eux» (p. 63). L’analyse ne doit pas [TRADUCTION] «appliquer une règle générale portant que l’une des parties échouera à moins qu’elle ne s’acquitte d’un fardeau de la preuve particulier» (p. 63). De l’avis du juge Morden, [TRADUCTION] «[c]ela accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure et atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour» (p. 63). Il a refusé de parler de «droits» des parents, notion qui avait précédemment dénaturé certaines affaires et a ajouté (à la p. 61):

[TRADUCTION] ... le seul principe qui vaille est celui de l’intérêt de l’enfant et [...] aux fins de l’application de ce principe, il ne sert à rien de se fonder sur une proposition toute faite de la nature de celle qui est citée dans *Landry* et qui renferme l’expression «*le droit de déplacer*». [En italique dans l’original.]

Après avoir écarté l’idée d’une présomption favorable au parent gardien, le juge en chef adjoint Morden a établi une liste non exhaustive de facteurs pertinents en ce qui a trait à l’intérêt de l’enfant, notamment l’entente relative à la garde, l’intimité de la relation entre l’enfant et le parent ayant un droit d’accès, l’opinion de l’enfant, la raison du déménagement et le principe du «contact maximum» énoncé aux par. 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*.

31

The same court revisited the issue in *MacGyver v. Richards, supra*. At stake was an order which conditioned the mother's retention of custody upon the child's continued residence in North Bay, Ontario, despite the mother's desire to move to Tacoma, Washington, to be with her fiancé. The court unanimously upheld the General Division's reversal of this order. Abella J.A., Grange J.A. concurring, argued for "particular sensitivity and a presumptive deference to the needs of the responsible custodial parent who, in the final analysis, lives the reality, not the speculation, of decisions dealing with the incidents of custody" (p. 444). She suggested that the court should be "overwhelmingly respectful of the decision-making capacity" of the custodial parent, and should defer to the exercise of those responsibilities "unless there is substantial evidence that those decisions impair the child's, not the access parent's, long-term well-being" (p. 445). Labrosse J.A. wrote concurring reasons applying the decision of the court in *Carter v. Brooks, supra*.

La même cour est revenue sur le sujet dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*, précité. Dans cette affaire, une ordonnance posait comme condition pour que la mère conserve la garde que la résidence de l'enfant soit maintenue à North Bay (Ontario), en dépit de la volonté de la mère d'aller rejoindre son fiancé à Tacoma (Washington). La cour a maintenu à l'unanimité la décision de la Division générale d'annuler cette ordonnance. Le juge Abella, aux motifs de laquelle le juge Grange a souscrit, a invoqué la nécessité de faire preuve [TRADUCTION] «d'une sensibilité particulière et d'un respect présomptif à l'égard des besoins du parent gardien responsable qui, en fin de compte, vit avec les conséquences réelles, et non pas seulement hypothétiques, des décisions qui portent sur les attributs du droit de garde» (p. 444). Elle a donné à entendre que le tribunal doit être [TRADUCTION] «des plus respectueux à l'égard du pouvoir de décision» du parent gardien et doit s'en remettre à l'exercice de ces responsabilités [TRADUCTION] «à moins qu'il n'y ait une preuve substantielle que ces décisions portent atteinte au bien-être à long terme non pas du parent qui a un droit d'accès, mais de l'enfant» (p. 445). Dans des motifs concurrents, le juge Labrosse a appliqué la décision de la cour dans l'arrêt *Carter c. Brooks*, précité.

32

Although some have read *MacGyver* as a departure from *Carter v. Brooks* (see *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609 (Man. C.A.), at p. 614), the difference between the cases may not be as great as sometimes supposed. Both cases urge careful consideration of the views of the custodial parent: the court is directed to accord them "a reasonable measure of respect" in *Carter*, and an "overwhelming respect" or "presumptive deference" in *MacGyver*. Despite the stronger language of the majority in *MacGyver*, neither decision proposes a legal presumption in favour of the custodial parent. Most importantly, both cases emphasize that the only and ultimate standard against which to evaluate the evidence is the best interests of the child: see J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, at p. 435.

Bien que certains aient vu dans l'arrêt *MacGyver* une dérogation à l'arrêt *Carter c. Brooks* (voir *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609 (C.A. Man.), à la p. 614), l'écart entre ces deux affaires peut ne pas être aussi marqué qu'on le croit parfois. Toutes deux recommandent un examen minutieux des opinions du parent gardien: le tribunal doit les «respecter dans une mesure raisonnable» suivant l'arrêt *Carter*, et être «des plus respectueux» ou encore faire preuve d'un «respect présomptif» selon les termes de l'arrêt *MacGyver*. En dépit du langage plus fort utilisé par les juges majoritaires dans *MacGyver*, ni l'une ni l'autre décision ne propose une présomption qui, en droit, agirait en faveur du parent gardien. Qui plus est, les deux affaires soulignent que la seule et unique norme en fonction de laquelle on doit évaluer la preuve est l'intérêt de l'enfant: voir J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, à la p. 435.

Against this background, I turn to arguments for and against a presumption in favour of the custodial parent.

In support of a presumption in favour of the custodial parent, it is argued that determining the principal residence of the child is a normal incident of custody and the court should accordingly defer to the custodial parent. It is further argued that the personal freedom of the custodial parent requires that he or she be permitted to decide where to live. Yet another consideration is that the presumption would make the outcome of variation applications more predictable. Assuming that in most cases the decision of the custodial parent will be the best for the child, a presumption would ensure a certain uniformity of result that will accord with the best interests of most children. I will deal with each of these arguments in favour of a presumption in turn.

The first proposition is that the custodial parent should be able to choose the child's residence because he or she has the legal responsibility of making all decisions concerning the child. The general obligation and right of the custodial parent to decide where the child shall live is not in dispute. Barring a situation which amounts to a material change in circumstances, the custodial parent may take the child wherever he or she pleases. When, however, the proposed move amounts to a material change, Parliament has decreed that the access parent is entitled to ask a judge to review the matter. The custodial parent has the right to decide where the child shall live, but that right is subject to the right of the access parent to apply for a change in custody once a material change in circumstances is established. As M. J. Bailey notes in a comment on *Young v. Young*:

Regardless of the respective roles of custodial and access parents addressed so extensively by L'Heureux-Dubé J., the current law does allow for challenges by the access parent to decisions taken by the custodial parent,

À la lumière de ces considérations, je me pencherai maintenant sur les arguments qui ont été avancés à l'appui et à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien.

À l'appui d'une présomption favorable au parent gardien, on soutient que le choix de la résidence principale de l'enfant est un attribut normal de la garde, et que le tribunal devrait par conséquent s'en remettre au parent gardien. On fait également valoir que le parent gardien doit être autorisé, au nom de la liberté individuelle dont il jouit, à décider de l'endroit où il souhaite vivre. De même, soutient-on, la présomption rendrait l'issue des requêtes en modification davantage prévisible. Si on suppose que, dans la plupart des cas, la décision du parent gardien sera dans l'intérêt de l'enfant, une présomption garantirait une certaine uniformité de résultat compatible avec l'intérêt de la plupart des enfants. J'aborderai tour à tour chacun de ces arguments en faveur de l'existence d'une présomption.

Suivant le premier argument, le parent gardien devrait être en mesure de choisir le lieu de résidence de l'enfant parce qu'il assume la tâche légale de prendre toutes les décisions qui concernent l'enfant. Il n'est pas contesté que le parent gardien a l'obligation générale et le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. À moins qu'une circonstance équivaille à un changement important dans la situation, le parent gardien peut amener l'enfant là où il l'entend. Toutefois, lorsque le déménagement prévu équivaut à un changement important, le législateur a prescrit que le parent titulaire d'un droit d'accès a le droit de demander à un juge de revoir l'affaire. Le parent gardien ne peut décider du lieu de résidence de l'enfant que sous réserve du droit du parent ayant un droit d'accès de demander une modification de la garde une fois établie l'existence d'un changement important dans la situation. Ainsi que M. J. Bailey le signale dans son commentaire sur l'arrêt *Young c. Young*:

[TRADUCTION] Peu importe les rôles respectifs des parents gardiens et des parents ayant un droit d'accès, sur lesquels s'est penchée si longuement le juge L'Heureux-Dubé, le droit actuel permet effectivement

33

34

35

and it allows custodial parents to seek restrictions on access. In both cases, the best interests of the child is the relevant criterion, and the authority of the custodial parent is not the issue.

(M. J. Bailey, "Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317, at p. 340.)

au parent ayant un droit d'accès de contester des décisions prises par le parent gardien, et il permet aux parents gardiens de demander que des restrictions soient imposées au droit d'accès. Dans les deux cas, l'intérêt de l'enfant est le critère pertinent, et l'autorité du parent gardien n'est pas en cause.

(M. J. Bailey, «Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317, à la p. 340.)

36 It is thus no answer to an inquiry into the best interests of the child triggered by the material change to argue that the custodial parent has the right and responsibility to decide where the child shall live. The demonstration of a material change places that right at issue. The judge will normally place great weight on the views of the custodial parent, who may be expected to have the most intimate and perceptive knowledge of what is in the child's interest. The judge's ultimate task, however, is to determine where, in light of the material change, the best interests of the child lie.

Il ne sert donc à rien de soutenir, à l'encontre de l'analyse de l'intérêt de l'enfant déclenchée par le changement important, que le parent gardien a le droit et la responsabilité de décider du lieu de résidence de l'enfant. La démonstration de l'existence d'un changement important remet ce droit en cause. Le juge accordera normalement une grande valeur à l'opinion du parent gardien, que l'on présume être celui qui connaît le plus intimement l'enfant et est le mieux placé pour déterminer ce qui est dans son intérêt. Cependant, la tâche cruciale du juge consiste à déterminer ce qui, compte tenu du changement important, est dans l'intérêt de l'enfant.

37 The wording of the *Divorce Act* belies the need to defer to the custodial parent; rather, the Act has expressly stipulated that the judge hearing the application should be concerned only with the best interests of the child. The rights and interests of the parents, except as they impact on the best interests of the child, are irrelevant. Material change established, the question is not whether the rights of custodial parents can be restricted; the only question is the best interests of the child. Nor does the great burden borne by custodial parents justify a presumption in their favour. Custodial responsibilities curb the personal freedom of parents in many ways. The Act is clear. Once a material change is established, the judge must review the matter anew to determine the best interests of the child.

Le libellé de la *Loi sur le divorce* ne confirme pas la nécessité de s'en remettre au parent gardien; la Loi a plutôt explicitement prescrit que le juge qui entend la requête ne doit être guidé que par l'intérêt de l'enfant. Les droits et l'intérêt des parents ne seront pertinents que s'ils ont une incidence sur l'intérêt de l'enfant. Une fois établie l'existence d'un changement important, la question n'est pas de savoir si les droits des parents gardiens peuvent être restreints, mais plutôt uniquement de savoir quel est l'intérêt de l'enfant. Le lourd fardeau qui incombe aux parents gardiens ne justifie pas non plus l'existence d'une présomption en leur faveur. Les responsabilités en matière de garde restreignent la liberté individuelle des parents à plus d'un titre. La Loi est claire. Une fois qu'on a établi l'existence d'un changement important, le juge doit revoir l'affaire d'un œil nouveau afin de déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant.

38 The argument that a presumption would render the law more predictable in a way which would do justice in the majority of cases and reduce conflict

Échoue également au regard de la *Loi sur le divorce* l'argument portant qu'une présomption rendrait le droit davantage prévisible d'une façon

damaging to the child between the former spouses also founders on the rock of the *Divorce Act*. The Act contemplates individual justice. The judge is obliged to consider the best interests of the particular child in the particular circumstances of the case. Had Parliament wished to impose general rules at the expense of individual justice, it could have done so. It did not. The manner in which Parliament has chosen to resolve situations which may not be in the child's best interests should not be lightly abjured. Even if it could be shown that a presumption in favour of the custodial parent would reduce litigation that would not imply a reduction in conflict. The short-term pain of litigation may be preferable to the long-term pain of unresolved conflict. Foreclosing an avenue of legal redress exacts a price; it may, in extreme cases, even impel desperate parents to desperate measures in contravention of the law. A presumption would do little to reduce the underlying conflict endemic in custody disputes. As Bailey, *supra*, remarks (at p. 339):

... under the existing law the access parent may challenge decisions taken by the custodial parent, regardless of whether the access parent has decision-making power or not. If this power to challenge were made less meaningful by presumptive deference to the custodial parent, the result would not be to minimize conflict, but to disallow or inhibit challenges to the custodial parent.

Having considered the arguments supporting a presumption in favour of the custodial parent, I turn to those raised against it. The first stumbling block is the wording of the *Divorce Act* itself. As noted, the Act makes no reference to such a presumption. Indeed, the logic of the Act negates it. Parliament has decreed that a two-stage procedure must be used to decide applications for variation of custody and access orders: the threshold condition of establishing a material change in the circumstances or needs of the child and the ability of the parents to meet them; followed, if met, by a fresh inquiry into the best interests of the child. In

équitable dans la majorité des cas et réduirait les conflits entre les ex-conjoints qui sont préjudiciables aux enfants. La Loi s'intéresse à la justice individuelle. Le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant dont il s'agit, en fonction des circonstances propres à l'affaire. Si le législateur avait souhaité imposer des règles générales au dépens de la justice individuelle, il aurait pu le faire. Mais il ne l'a pas fait. Le mode de résolution privilégié par le législateur dans les situations qui risquent de ne pas être dans l'intérêt de l'enfant ne devrait pas être mis de côté inconsidérément. Même si l'on arrivait à démontrer qu'une présomption en faveur du parent gardien aurait pour effet de réduire les litiges, cela n'implique aucune diminution des conflits. La souffrance de courte durée qu'engendrent les litiges est peut-être préférable à la souffrance que causent à long terme les conflits non résolus. Écarter une avenue de recours légaux n'est pas sans conséquence; il se peut que, dans des situations extrêmes, des parents désespérés soient poussés à recourir à des mesures désespérées en contravention de la loi. Une présomption ne permettrait guère d'atténuer la discorde endémique qui sous-tend les conflits relatifs à la garde. Ainsi que le fait observer Bailey, *loc. cit.*, à la p. 339:

[TRADUCTION] ... sous le régime du droit actuel, le parent ayant un droit d'accès peut contester les décisions prises par le parent gardien, peu importe que le parent qui jouit d'un droit d'accès détienne ou non un pouvoir décisionnel. Si ce pouvoir de contester était amoindri par une présomption de respect en faveur du parent gardien, on en viendrait non pas à réduire les conflits, mais plutôt à rejeter ou à entraver toute contestation contre le parent gardien.

Ayant examiné les arguments formulés à l'appui d'une présomption en faveur du parent gardien, je me pencherai maintenant sur ceux qui ont été soulevés à son encontre. La première pierre d'achoppement est le libellé de la *Loi sur le divorce* elle-même. Ainsi qu'il a été mentionné, la Loi ne fait nulle part mention d'une telle présomption. En fait, la logique de la Loi en nie l'existence. Le législateur a établi une procédure à deux volets à laquelle on doit avoir recours pour trancher les requêtes en modification des ordonnances de garde et d'accès: établir d'abord qu'il est survenu un changement important dans la situation ou les besoins de l'en-

imposing the threshold requirement of demonstrating a material change of circumstances, Parliament has laid a special burden on the party seeking variation, often the access parent. If the access parent meets that burden, the judge must then enter into a fresh inquiry as to where the best interests of the child lie. If Parliament intended to place yet another special burden on the access parent at the second stage, one would have expected it to say so.

fant et dans la capacité des parents d'y pourvoir; et, dans un deuxième temps, si le premier volet est franchi, procéder à une nouvelle analyse de l'intérêt de l'enfant. En exigeant que l'on prouve d'abord qu'il est survenu un changement important dans la situation, le législateur a imposé à la partie requérante, fréquemment le parent ayant un droit d'accès, un fardeau spécial. Si le parent ayant un droit d'accès s'acquitte de ce fardeau, le juge doit alors vérifier à nouveau quel est l'intérêt de l'enfant. Si le législateur avait eu l'intention d'imposer à la seconde étape un autre fardeau spécial au parent ayant un droit d'accès, on peut supposer qu'il l'aurait précisé.

40

Until a material change in the circumstances of the child is demonstrated, the best interests of the child are rightly presumed to lie with the custodial parent. The finding of a material change effectively erases that presumption. The judge is then charged with the fresh responsibility of determining the child's best interests "by reference to that change". To reinstate the presumption in favour of the custodial parent at this stage would derogate from the finding that the child's interests may, by reason of the change, no longer be best protected or advanced by the earlier order. It would be to reinforce the earlier order when its continuing propriety is the very issue placed before the court. This in turn would depreciate potential adverse effects of the established material change. In short, the two-stage procedure required by the *Divorce Act* supports the view of Morden A.C.J.O. in *Carter v. Brooks, supra*, that once the applicant has discharged the burden of showing a material change in circumstances, "[b]oth parents should bear an evidential burden" of demonstrating where the best interests of the child lie (p. 63).

Tant que l'existence d'un changement important dans la situation de l'enfant n'est pas établie, on présume à juste titre qu'il est dans l'intérêt de celui-ci de demeurer avec le parent gardien. Si l'on conclut à l'existence d'un changement important, cette présomption ne vaut plus. Le juge doit alors assumer la tâche de déterminer de nouveau l'intérêt de l'enfant «en fonction de ce changement». Rétablir la présomption favorable au parent gardien à cette étape saperait la conclusion que, en raison du changement, l'ordonnance précédente risque de ne plus assurer ni favoriser l'intérêt de l'enfant. Cela reviendrait à rétablir l'ordonnance précédente alors que son opportunité est la question même dont la cour est saisie. On déprécierait ainsi les effets potentiellement préjudiciables du changement important dont on a établi l'existence. Bref, la procédure à deux volets établie par la *Loi sur le divorce* appuie l'opinion du juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, selon laquelle, une fois que le requérant s'est acquitté de son fardeau de prouver l'existence d'un changement important dans la situation, [TRADUCTION] «[l]es deux parents devraient assumer le fardeau de la preuve» pour ce qui est d'établir l'intérêt de l'enfant (p. 63).

41

A second argument against a presumption in favour of the custodial parent is its potential effect. If the presumption is to be introduced in cases based on relocation, it would seem as a matter of principle that it should be introduced in all applications for variation of custody and access. Again,

On invoque en deuxième lieu à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien, son effet potentiel. Si la présomption doit être invoquée dans les affaires qui concernent un déménagement, il semble qu'en principe elle doive être introduite dans toutes les requêtes en modification de la

had Parliament so intended, why would it not have said so?

A third argument against a presumption has been touched on in discussing the arguments raised in support of a presumption in favour of the custodial parent. This is the fact that Parliament has placed the duty of ascertaining the best interests of the child on the judge, not the custodial parent. To the extent that the judge is required, as a matter of law, to defer to the opinion of the custodial parent, the judge is required to cede part of the responsibility that Parliament has placed upon the judge and the judge alone. As Morden A.C.J.O. put it in *Carter v. Brooks*, it “is for the Court to weigh and balance the factors which are relevant in the particular circumstances of the case at hand, without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have” (p. 63). (Emphasis added.) To “begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof . . . depreciates the Court’s *parens patriae* responsibility” (p. 63).

A fourth argument militating against the adoption of a presumption in favour of the custodial parent is its tendency to render the inquiry more technical and adversarial than necessary. The effect of the presumption might be to deflect the inquiry from the facts relating to the child’s needs and the parents’ ability to meet them to legal issues relating to whether the requisite burden of proof has been met. Instead of both parties simply presenting evidence on what is best for the child, the focus might shift to who has proved what. In this sense, the process may be seen as more inquisitorial than adversarial, “over-emphasiz[ing] the adversary nature of the proceeding”, to quote Morden A.C.J.O. in *Carter v. Brooks*, *supra*, at p. 63.

Fifthly and most importantly, a presumption in favour of the custodial parent has the potential to impair the inquiry into the best interests of the

garde et du droit d’accès. Encore une fois, si le législateur avait eu cette intention, pourquoi n’en aurait-il pas fait mention?

On a fait allusion à un troisième argument invoqué à l’encontre de la présomption dans l’analyse des arguments soulevés à l’appui d’une présomption favorable au parent gardien. Cet argument réside dans le fait que le législateur a confié au juge, et non au parent gardien, la tâche d’assurer l’intérêt de l’enfant. Dans la mesure où il est tenu, en droit, de s’en remettre à l’opinion du parent gardien, le juge doit céder une partie de la responsabilité que le législateur lui a confiée à lui seul. Ainsi que le juge en chef adjoint Morden l’écrit dans *Carter c. Brooks*, il convient que [TRANSDUCTION] «la cour soupèse et pondère les facteurs qui sont pertinents dans les circonstances particulières de l’affaire, sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d’eux» (p. 63). (Je souligne.) «[A]ppliquer une règle générale portant que l’une des parties échouera à moins qu’elle ne s’acquitte d’un fardeau de la preuve particulier [. . .] atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour» (p. 63).

On soutient en quatrième lieu à l’encontre d’une présomption favorable au parent gardien qu’elle tend à rendre l’analyse plus formaliste et accusatoire que nécessaire. La présomption pourrait avoir pour effet de centrer l’analyse non plus sur les faits qui se rapportent aux besoins de l’enfant et à la capacité des parents d’y pourvoir, mais sur les questions juridiques visant à déterminer si les parties se sont acquittées du fardeau de la preuve requis. Plutôt que de veiller à ce que les deux parties présentent simplement des éléments de preuve sur ce qui est préférable pour l’enfant, on risque de chercher surtout à savoir qui a prouvé quoi. En ce sens, on pourrait dire de la procédure qu’elle est davantage inquisitoire qu’accusatoire, en ce qu’elle «accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure», pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, à la p. 63.

Cinquièmement, et fait plus important encore, la présomption favorable au parent gardien est susceptible de compromettre l’analyse de l’intérêt de

child. This inquiry should not be undertaken with a mindset that defaults in favour of a preordained outcome absent persuasion to the contrary. It may be that in most cases the opinion of the custodial parent will reflect the best interests of the child. In such cases, the presumption might do no harm. But Parliament did not entrust the court with the best interests of most children; it entrusted the court with the best interests of the particular child whose custody arrangements fall to be determined. Each child is unique, as is its relationship with parents, siblings, friends and community. Any rule of law which diminishes the capacity of the court to safeguard the best interests of each child is inconsistent with the requirement of the *Divorce Act* for a contextually sensitive inquiry into the needs, means, condition and other circumstances of “the child” whose best interests the court is charged with determining. “[G]eneral rules that do not admit of frequent exceptions can[not] evenly and fairly accommodate all of the varying circumstances that can present themselves”: *per* Morden A.J.C.O. in *Carter v. Brooks*, *supra*, at p. 62. The inquiry is an individual one. Every child is entitled to the judge’s decision on what is in its best interests; to the extent that presumptions in favour of one parent or the other predetermine this inquiry, they should be rejected: “No matter what test or axiom one adopts from the many and varied reported decisions on this subject, each case must, in the final analysis, fall to be determined on its particular facts and, on those facts, in which way are the best interests of the children met” (*Appleby v. Appleby*, *supra*, at p. 315).

l’enfant. On ne devrait pas entreprendre cette analyse avec un état d’esprit qui s’incline devant une issue prédéterminée en l’absence d’une conviction contraire. Il se peut que, dans la plupart des cas, l’opinion du parent gardien reflète l’intérêt de l’enfant. La présomption pourrait alors ne causer aucun tort. Mais le législateur n’a pas laissé l’intérêt de la plupart des enfants au soin du tribunal; il a confié à ce dernier l’intérêt d’un enfant donné, à l’égard duquel les modalités de la garde doivent être déterminées. Chaque enfant est unique, comme l’est sa relation avec ses parents, ses frères et sœurs, ses amis et son milieu en général. Toute règle de droit ayant pour effet de miner la capacité de la cour de protéger l’intérêt de chaque enfant va à l’encontre des dispositions de la *Loi sur le divorce*, qui commandent une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de l’«enfant» dont l’intérêt doit être déterminé par la cour. [TRADUCTION] «[L]es règles générales qui rejettent les fréquentes exceptions [ne peuvent] accommoder équitablement et uniformément les diverses situations susceptibles de se présenter»: le juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, à la p. 62. L’analyse est individuelle. Chaque enfant a droit à ce que le juge détermine ce qui est dans son intérêt; dans la mesure où les présomptions favorables à l’un ou à l’autre parent prédéterminent cette analyse, elles doivent être écartées: [TRADUCTION] «Peu importe le critère ou l’axiome que l’on dégage des nombreuses et différentes décisions publiées sur ce sujet, chaque cas doit, en définitive, être tranché suivant les faits qui lui sont propres, et il s’agit de déterminer, d’après ces faits, de quelle façon il sera satisfait à l’intérêt de l’enfant» (*Appleby c. Appleby*, précité, à la p. 315).

45

A presumption in favour of the custodial parent may also impair the inquiry into the best interests of the child by undervaluing changes in the respective relationships between the child and its parents between the time of the custody order and the application for variation. The *Divorce Act*’s provision for variation of custody and access orders recognizes that the child’s needs and the parents’ ability to meet them may change with time and circumstance, and may require corresponding

La présomption favorable au parent gardien peut également compromettre l’analyse de l’intérêt de l’enfant puisque l’on sous-estimerait l’effet des changements survenus dans les relations entre l’enfant et chacun de ses parents entre le moment où l’ordonnance de garde a été rendue et celui où la requête en modification est présentée. La disposition de la *Loi sur le divorce* qui prévoit la modification des ordonnances de garde et d’accès reconnaît que les besoins de l’enfant et la capacité de ses



changes in custody and access arrangements. Children grow and mature, articulating new priorities and placing new demands on their parents. To the extent that the proposed presumption would give added weight to the arrangement imposed by the original custody order, it may diminish the weight accorded to the child's new needs and the ability of each parent to meet them. Consequently, its operation might be dangerous in a case, for example, where in the period following trial the access parent has demonstrated the desire, aptitude and temperament to assume a greater role in meeting the needs of the child, and the custodial parent has evinced a corresponding inability to do so.

Finally, the proposed presumption in favour of the custodial parent may be criticized on the ground that it tends to shift the focus from the best interests of the child to the interests of the parents. As mentioned earlier, underlying much of the argument for the presumption is the suggestion that the custodial parent has the "right" to move where he or she pleases and should not be restricted in doing so by the desire of the access parent to maintain contact with the child. However, the *Divorce Act* does not speak of parental "rights": see *Young v. Young, supra*. The child's best interest must be found within the practical context of the reality of the parents' lives and circumstances, one aspect of which may involve relocation. But to begin from the premise that one parent has the *prima facie* right to take the child where he or she wishes may unduly deflect the focus from the child to its parents.

For these reasons, I would reject the submission that there should be a presumption in favour of the custodial parent in applications to vary custody and access resulting from relocation of the custodial parent. The parent seeking the change bears the initial burden of demonstrating a material change of circumstances. Once that burden has

parents d'y pouvoir peuvent changer avec le temps et les circonstances, et peuvent commander des changements correspondants dans les ententes sur la garde et l'accès. Au fur et à mesure qu'ils grandissent et acquièrent de la maturité, les enfants formulent de nouvelles priorités et manifestent de nouvelles exigences à leurs parents. Dans la mesure où la présomption proposée ajoute du poids à l'arrangement imposé par l'ordonnance de garde initiale, elle risque d'atténuer l'importance accordée aux nouveaux besoins de l'enfant et à la capacité de chaque parent d'y pourvoir. Son application pourrait donc être périlleuse dans le cas où, par exemple, dans la période qui suit le procès, le parent ayant un droit d'accès a démontré qu'il désirait assumer un rôle accru pour ce qui est de pourvoir aux besoins de l'enfant, et qu'il en avait la capacité et le tempérament, alors que le parent gardien a démontré qu'il était incapable de le faire.

Enfin, la présomption favorable au parent gardien que l'on propose prête le flanc à la critique en ce qu'elle tend à accorder de l'importance non pas à l'intérêt de l'enfant, mais à celui des parents. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'argument en faveur de la présomption est fondé principalement sur la thèse que le parent gardien a le «droit» d'aller là où il désire et ne devrait pas être restreint de le faire par le désir du parent ayant un droit d'accès de maintenir le contact avec l'enfant. Or, la *Loi sur le divorce* ne parle pas de «droits» parentaux: voir *Young c. Young*, précité. L'intérêt de l'enfant doit trouver sa place au milieu de la réalité pratique de la vie et de la situation des parents, dont un aspect peut impliquer le déménagement. Par contre, partir de l'idée qu'un parent a à première vue le droit d'amener l'enfant là où il le souhaite risque de détourner injustement l'attention de l'intérêt de l'enfant en faveur de celui de ses parents.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la prétention que le parent gardien devrait bénéficier d'une présomption dans le cadre des requêtes en modification de la garde et de l'accès qui découlent de son déménagement. Le parent qui demande une modification assume le fardeau initial de démontrer qu'il est survenu un changement impor-

been discharged, the judge must embark on a fresh inquiry in light of the change and all other relevant factors to determine the best interests of the child. There is neither need nor place to begin this inquiry with a general rule that one of the parties will be unsuccessful if he or she fails to satisfy a specified burden of proof.

tant dans la situation. Après s'être acquitté de ce fardeau, le juge doit procéder à une nouvelle analyse qui tient compte du changement et de tous les autres facteurs pertinents pour déterminer quel est l'intérêt de l'enfant. Il n'est ni nécessaire ni approprié d'entreprendre cette analyse en se fondant sur une règle générale portant qu'une des parties échouera si elle ne réussit pas à s'acquitter d'un fardeau de la preuve particulier.

48

While a legal presumption in favour of the custodial parent must be rejected, the views of the custodial parent, who lives with the child and is charged with making decisions in its interest on a day-to-day basis, are entitled to great respect and the most serious consideration. The decision of the custodial parent to live and work where he or she chooses is likewise entitled to respect, barring an improper motive reflecting adversely on the custodial parent's parenting ability.

S'il convient de rejeter toute présomption légale en faveur du parent gardien, il y a toutefois lieu d'accorder le plus grand respect et la plus grande considération aux opinions du parent gardien, qui vit avec l'enfant et assume quotidiennement la tâche de prendre des décisions qui sont dans son intérêt. La décision du parent gardien de vivre et de travailler là où il l'entend doit elle aussi être respectée, sauf si elle repose sur un motif injustifié qui nuit à la capacité du parent gardien d'agir à titre de parent.

### C) *Summary*

### C) *Résumé*

49

The law can be summarized as follows:

Le droit peut se résumer ainsi:

1. The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child.
2. If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them.
3. This inquiry is based on the findings of the judge who made the previous order and evidence of the new circumstances.
4. The inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect.
5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.

1. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant.
2. Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir.
3. Cette analyse repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance précédente et sur la preuve de la nouvelle situation.
4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier.
5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.

6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents.

7. More particularly the judge should consider, *inter alia*:

(a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;

(b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;

(c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;

(d) the views of the child;

(e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;

(f) disruption to the child of a change in custody;

(g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.

In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new?

#### V. Application of the Test to this Case

The threshold requirement of material change in the circumstances of the child and the parents' ability to meet them was established by the mother's intended move to Australia and the consequent disruption of the child's life and diminution of the father's contact with her. The terms of the order of Carter J. were premised on the child's residence remaining within a reasonable distance of the access parent. The move would clearly breach this provision. Accordingly, the trial judge

6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.

7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants:

a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien;

b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit;

c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents;

d) l'opinion de l'enfant;

e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant;

f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde;

g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.

En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci: quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes?

#### V. Application du critère en l'espèce

L'exigence préliminaire du changement important dans la situation de l'enfant et dans la capacité des parents de pourvoir à ses besoins a été établie par le déménagement prévu de la mère en Australie et la perturbation qu'il a engendrée dans la vie de l'enfant ainsi que la diminution des contacts entre le père et l'enfant. Les modalités de l'ordonnance du juge Carter reposaient sur le maintien de la résidence de l'enfant dans un rayon raisonnable de la résidence du parent ayant un droit d'accès. Le

was required to embark on a fresh appraisal of the best interests of the child.

déménagement violent manifestement cette disposition, le juge de première instance était tenu d'effectuer une nouvelle analyse de l'intérêt de l'enfant.

52 The reasons of the trial judge fall short of demonstrating that he engaged in the full and sensitive inquiry into the best interests of the child required by s. 17 of the *Divorce Act*. He mentioned only one factor in support of his decision: that he "relied heavily" on the reasons of Carter J., who had already concluded that the mother was the "proper person to have custody of th[e] child". Other factors, such as the child's relationship with her father, her extended family and her Saskatchewan community, were not mentioned. No reference was made to the circumstances prevailing after the trial, the current needs and desires of the child, or the respective abilities of each parent to meet them. One may speculate that the trial judge, having heard full argument, had such factors in his mind when he made his decision in favour of the mother. But one may equally infer that the necessary fresh inquiry was not fully undertaken. In either event, it seems clear that the trial judge failed to give sufficient weight to all relevant considerations (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 77), and it is therefore appropriate for this Court to review the decision and, should it find the conclusion unsupported on the evidence, vary the order accordingly.

On ne peut conclure à partir de ses motifs qu'il a effectué une analyse complète et sensible de l'intérêt de l'enfant comme le requiert l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Il n'a mentionné qu'un seul facteur à l'appui de sa décision: qu'il s'est «fortement appuyé» sur les motifs du juge Carter, qui avait déjà conclu que c'est à la mère «qu'il convient de confier la garde de l'enfant». D'autres facteurs, comme la relation de l'enfant avec son père, sa famille élargie et son milieu en Saskatchewan, n'ont pas été mentionnés. Aucune mention n'a été faite non plus de la situation qui existait après le procès, des besoins et des désirs actuels de l'enfant, ou de la capacité de chaque parent d'y pourvoir. On pourrait supposer qu'après avoir entendu les plaidoiries le juge de première instance a tenu compte de tous ces facteurs avant de statuer en faveur de la mère. Mais on pourrait tout aussi bien inférer qu'il n'a pas effectué de façon exhaustive la nouvelle analyse requise. Quoi qu'il en soit, il semble évident que le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 77), de sorte qu'il convient que notre Cour révise la décision et, si elle conclut que la preuve n'appuie pas la conclusion, qu'elle modifie l'ordonnance en conséquence.

53 This case requires the Court to balance the benefits derived from continuing custody with the mother against the desirability of maintaining generous contact between the child and her father, as well as her extended Canadian family and her Canadian community. The fact that the child has been in the custody of the mother for some years, that the reasons for initially granting the mother custody have not been shown to have substantially changed, and that a change of custody at this time would probably be highly disruptive to her, argue in favour of the mother retaining custody. On the other hand, the child's access to her father, with

Dans la présente affaire, la Cour doit évaluer les avantages de laisser la garde à la mère en fonction de l'opportunité de maintenir un contact généreux entre l'enfant et son père, ainsi que sa famille élargie et le milieu auquel elle appartient au Canada. Le fait que l'enfant a été confiée à la garde de la mère il y a déjà quelques années, qu'il n'a pas été démontré que les motifs pour lesquels la garde a initialement été confiée à la mère ont sensiblement changé, et qu'un changement dans la garde à ce moment-ci perturberait probablement beaucoup l'enfant, milite en faveur du maintien de la garde à la mère. Par contre, l'accès du père auprès de l'en-

whom she enjoyed a close relationship, has been greatly diminished as a consequence of her mother's move, and the child has been removed from her extended family and community in Canada. These factors are somewhat attenuated, however, by the fact that the father has the means to travel to Australia and spend time with the child, and that she could return to Canada for periodic visits with her family and community in Saskatchewan if the terms of access were varied.

Taking all these factors into account, I am of the view that the trial judge did not err in continuing the mother's custody of the child, notwithstanding her intended move to Australia. I find no support in the evidence, however, for restricting the father's access to Australia. Access in Canada would have the advantage of making the father's limited time with the child more natural while it allows her to maintain contact with friends and extended family. Accordingly, I would uphold the custody order and vary the access order to provide for access to be exercisable in Canada. I would add that both parents should equally share the cost of sending her to Canada, in that both have ample means. If the parties cannot agree on the details of access on these terms, or the necessary financial arrangements, they may apply to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for direction.

## VI. Conclusion

I would affirm the order of the trial judge granting the respondent custody. I would allow the appeal in part, to permit the father to exercise access to the child in Canada on the terms set out above. The parties will bear their own costs throughout.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

fant, avec qui il entretenait une relation étroite, a été grandement diminué du fait du déménagement de la mère, et l'enfant a été privée de sa famille élargie et du milieu dans lequel elle vivait au Canada. Ces facteurs sont d'une certaine façon atténués toutefois par le fait que le père a les moyens de se rendre en Australie et d'y passer du temps avec l'enfant, et que celle-ci pourrait revenir au Canada pour des visites temporaires dans sa famille et dans son milieu en Saskatchewan si les modalités du droit d'accès étaient modifiées.

Compte tenu de tous ces facteurs, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en laissant la garde de l'enfant à la mère en dépit de son déménagement prévu en Australie. Je ne vois cependant rien dans la preuve qui justifie que le droit d'accès du père se limite à l'Australie. Si ce droit était exercé au Canada, les moments que le père passe avec l'enfant seraient plus naturels et l'enfant pourrait maintenir un contact avec ses amis et sa famille élargie. En conséquence, je suis d'avis de maintenir l'ordonnance de garde et de modifier l'ordonnance relative au droit d'accès pour permettre que ce droit soit exercé au Canada. J'ajouterais que les parents devraient partager également les coûts de déplacement de l'enfant puisque tous les deux en ont amplement les moyens. Si les parties sont incapables de s'entendre sur les détails du droit d'accès en fonction des présentes modalités, ou sur les arrangements financiers nécessaires, elles peuvent s'adresser à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour obtenir des directives.

## VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer l'ordonnance du juge de première instance qui a confié la garde de l'enfant à l'intimée. Je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi en partie pour permettre au père d'exercer son droit d'accès auprès de l'enfant au Canada suivant les modalités déjà formulées. Les parties assumeront leurs propres dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

56 L'HEUREUX-DUBÉ J. — At the heart of this case is the notion of custody of children as regards a change of residence of the custodial parent.

57 My colleague McLachlin J. concludes that, on the facts of this case, the trial judge was correct in upholding the respondent mother's custody of the child despite her intended move to Australia, but that he erred in confining the exercise of the appellant father's access to the child to Australia. I agree, but arrive at this conclusion via a different analysis

58 Since the facts and judgments are recounted in my colleague's opinion, for a better understanding of what follows, a brief recall will suffice.

59 The custody of the now seven-year-old daughter of the parties was entrusted to the respondent upon the divorce of the parties on February 26, 1993, after an eight-day trial which dealt primarily with the issues of custody of the child and division of matrimonial property: (1993), 111 Sask. R. 1 (Q.B.). Both parties resided at the time in Saskatoon. While the custody order provides for specified access to the appellant, it contains no restrictions as to the respondent's exercise of the full panoply of custody rights.

60 Since then, the respondent has moved with her daughter to Australia where she studies orthodontics. When informed by the respondent of her intended change of residence in early November 1994, the appellant applied for custody of his daughter or, alternatively, for an order to prevent the respondent from removing the child from Saskatoon. The respondent cross-applied for a variation of the access order to accommodate her move to Australia with the child. The appellant's application was denied and the access order was varied to allow the respondent to move to Australia with the child while granting the appellant "liberal and generous access" on one month's notice to be exercised in Australia only: Sask. Q.B., December 30,

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le concept de garde d'enfant, dans le contexte d'un changement de résidence du parent gardien, est au cœur du présent pourvoi.

Ma collègue Madame le juge McLachlin conclut que, compte tenu des faits de l'espèce, le juge de première instance a eu raison de conserver la garde de l'enfant à sa mère, l'intimée, en dépit de son intention de déménager en Australie, mais qu'il a eu tort de confiner à l'Australie l'exercice du droit de visite du père, l'appellant. Je suis d'accord, mais je parviens à cette conclusion par une voie différente.

Comme ma collègue expose les faits et les jugements dans ses motifs, il suffira de les rappeler brièvement pour une meilleure compréhension de ce qui suit.

La garde de la fillette, maintenant âgée de sept ans, a été confiée à l'intimée lors du divorce des parties le 26 février 1993, au terme d'un procès de huit jours qui a porté principalement sur la garde de l'enfant et le partage des biens matrimoniaux: (1993), 111 Sask. R. 1 (B.R.). À l'époque, les deux parties résidaient à Saskatoon. Bien qu'elle ait conféré à l'appellant un droit de visite précis, l'ordonnance de garde ne restreignait aucunement l'exercice par l'intimée de l'intégralité de son droit de garde.

Depuis lors, l'intimée a déménagé avec sa fille en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie. Lorsque, tôt en novembre 1994, l'intimée l'a informé de son intention de changer de résidence, l'appellant a réclamé la garde de sa fille ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à l'intimée de l'amener à l'extérieur de Saskatoon. Par requête incidente, l'intimée a demandé la modification de l'ordonnance relative aux droits de visite afin de faciliter son déménagement en Australie avec l'enfant. La cour a rejeté la requête de l'appellant et modifié l'ordonnance relative aux droits de visite afin de permettre à l'intimée de déménager en Australie avec l'enfant, tout en accordant à l'appellant, moyennant un avis d'un mois, des [TRA-DUCTION] «droits de visite souples et généreux» dont l'exercice se limitait à l'Australie: B.R. Sask.,

1994, unreported, aff'd (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156.

The issue, as I see it, is the impact of a change of residence of the custodial parent on a custody order where a variation order is sought under s. 17(1)(b) of the *Divorce Act*, R.C.S., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "Act").

Before discussing this issue, however, a preliminary matter must be dealt with, that is the conditions required to trigger a variation order.

### I. Variation

The first consideration in any application for variation of custody or access orders under the Act is whether there has been, according to s. 17(5) of the Act:

... 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 ...

The guidelines as regards variation of custody or access orders are found in this Court's decision in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. Although that case dealt with the conditions for a variation order in respect of child support pursuant to s. 17(4) of the Act, it applies to variation orders in general. As Sopinka J. states, at p. 688:

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation.

I echoed this statement, stressing further the purpose of this requirement, at pp. 733-34:

30 décembre 1994, inédit, conf. par (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156.

Telle que je la conçois, la question en litige est de savoir quel est l'effet d'un changement de résidence du parent gardien sur une ordonnance de garde, lors d'une requête en modification de cette ordonnance en vertu de l'al. 17(1)b) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) (la «Loi»).

Avant d'aborder cette question, il y a toutefois lieu de résoudre une question préliminaire, soit les conditions requises pour qu'une ordonnance modificative puisse être rendue.

### I. Modification

Dans toute requête en modification d'une ordonnance de garde ou de droits de visite sous le régime de la Loi, il y a d'abord lieu de se demander si, selon les termes du par. 17(5) de la Loi, 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 ...

Les directives en matière de modification d'une ordonnance de garde ou d'accès sont énoncées dans l'arrêt de notre Cour *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Bien que cette affaire ait porté sur les conditions justifiant la modification d'une ordonnance alimentaire en faveur des enfants conformément au par. 17(4) de la Loi, elle s'applique également aux ordonnances modificatives en général. Ainsi que l'a écrit le juge Sopinka à la p. 688:

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification.

Aux pages 733 et 734, j'ai fait écho à ces propos, soulignant davantage l'objectif visé par cette condition:

61

62

63

64

... the preliminary threshold test ensures that child support orders will not be reassessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion. Nonetheless, the threshold test cannot be applied properly unless the sufficiency of the change in circumstances is evaluated against the backdrop of the particular facts of the case at hand . . . . Most importantly, however, and notwithstanding the above observations, while the onus of proving the sufficiency of the change in condition, means, needs or other circumstances rests upon the applicant . . . the diversity of possible scenarios in family law dictates that courts maintain a flexible standard of judicial discretion which does not artificially limit the adaptability of the *Divorce Act* provisions.

See also *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161 (C.A.); *Talbot v. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415 (Sask. C.A.); *Brothwell v. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178 (Q.B.).

... le critère préliminaire fait en sorte que les ordonnances alimentaires au profit des enfants ne seront pas réexaminées par les tribunaux chaque fois qu'un changement, si mineur soit-il, survient dans la situation des parties ou des enfants. Cette analyse reconnaît l'importance d'un certain degré de certitude et de stabilité entre les parties. Celles-ci doivent être encouragées à régler leurs litiges sans recourir aux tribunaux à la moindre occasion. Toutefois, pour appliquer correctement le critère préliminaire, il faut évaluer le caractère suffisant du changement en fonction des faits particuliers à chaque espèce. [. . .] De façon plus importante toutefois et malgré les remarques qui précèdent, si la charge d'établir le caractère suffisant du changement intervenu dans les ressources, les besoins ou la situation générale incombe au requérant [. . .], la diversité des scénarios possibles en droit de la famille impose aux tribunaux d'appliquer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire une norme souple qui ne limite pas artificiellement l'adaptabilité des dispositions de la *Loi sur le divorce*.

Voir également *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161 (C.A.); *Talbot c. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415 (C.A. Sask.); *Brothwell c. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178 (B.R.).

65 A change of residence, which, in this case, involves moving to another country and was also unforeseen at the time the custody order was originally made, no doubt constitutes a change of the nature contemplated by s. 17(5) of the Act and falls within the parameters of *Willick, supra*. Once this threshold is reached, the next question is whether the change is such as to trigger a reappraisal of the whole situation of the parties and the children or only necessitates an assessment of the impact of the alleged change or changes on the custody of the child, remembering that, in any event, a variation hearing is not an appeal (*Willick, supra*, at p. 687 (*per Sopinka J.*)). As I said in *Willick*, at p. 734, it is only "where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate" that an assessment of the whole situation anew is appropriate.

Le changement de résidence qui, comme en l'espèce, implique un déménagement dans un autre pays et qui, en outre, n'avait pas été prévu au moment où l'ordonnance de garde initiale a été prononcée, constitue sans aucun doute un changement de la nature de ceux qu'envisage le par. 17(5) de la Loi, et s'inscrit dans les paramètres de l'arrêt *Willick*, précité. Une fois cette étape préliminaire franchie, la question est de savoir si le changement est tel qu'il nécessite un réexamen de l'ensemble de la situation des parties et des enfants ou simplement une évaluation de l'effet du ou des changements allégués sur la garde de l'enfant, en se rappelant que, quoi qu'il en soit, l'audition relative à la modification n'est pas un appel (*Willick*, précité, à la p. 687 (le juge Sopinka)). Ainsi que je l'ai affirmé dans *Willick*, à la p. 734, ce n'est que «lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée» qu'il y a lieu de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente.



In the case at bar, despite the appellant's alleged increased involvement in his daughter's life since the original custody order, the custody challenge was essentially based on the inevitable limitation to his access rights the child's change of residence would involve. Less than two years had elapsed between the date of the original custody order and that of the respondent's projected change of residence. The original order entrusting custody of the child to the respondent clearly remains highly relevant upon consideration of the merits of the application for variation. All other considerations being equal, in such circumstances a variation application would normally be restricted to an appraisal of the impact of the child's change of residence on the prior custody determination as well as the appropriate modification to access as the case may be. In a case such as this one, as my colleague McLachlin J. observes, "[t]he court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued" (para. 11 (emphasis in the original)).

I am satisfied that the trial judge applied the correct test and, upon the evidence before him, properly concluded that the threshold upon which the merits of the application for variation could be considered had been met.

This being said, the question at issue here requires us to determine the proper analysis governing a change of residence by the custodial parent when courts have to rule on a variation application such as the one before us. The answer to this question rests mainly on the view one takes of the notion of custody, a notion no longer controversial in my opinion.

At the outset, however, there are fundamental and uncontroversial premises which must be recalled:

En l'espèce, en dépit de la participation accrue, selon l'appelant, dans la vie de sa fille depuis l'ordonnance de garde initiale, sa contestation de la garde repose essentiellement sur la restriction inévitable que le changement de résidence de l'enfant est susceptible d'entraîner à l'égard de ses droits d'accès. Moins de deux ans s'étaient écoulés entre la date de l'ordonnance initiale de garde et la date du changement projeté de résidence de l'intimée. L'ordonnance initiale confiant la garde de l'enfant à cette dernière demeure manifestement fort pertinente dans le cadre de l'examen du fond de la requête en modification. Tous autres facteurs étant par ailleurs égaux, une requête en modification se limiterait normalement, dans de telles circonstances, à l'évaluation de l'impact du changement de résidence de l'enfant sur la décision antérieure relative à la garde, de même qu'à la modification qu'il conviendra d'apporter au droit d'accès le cas échéant. Dans un cas comme celui-ci, ainsi que ma collègue le juge McLachlin le fait remarquer, «[l]e tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance» (par. 11 (souligné dans l'original)).

J'estime que le juge de première instance a appliqué le test approprié et que, compte tenu de la preuve qui lui a été présentée, il a, à juste titre, conclu qu'il avait été satisfait au test préliminaire et que le fond de la requête en modification pouvait être examiné.

Cela dit, la question ici en litige nous oblige à rechercher l'analyse appropriée lorsque le parent gardien change de résidence et que les tribunaux ont à se prononcer sur une requête en modification de la nature de celle dont nous sommes saisis. La réponse à cette question dépend essentiellement du point de vue que l'on adopte à l'égard du concept de garde, concept qui, à mon avis, ne suscite plus aucune controverse.

Dès le départ, cependant, il faut rappeler certaines prémisses fondamentales non controversés:

66

67

68

69

1. It is the right of children that custody and access adjudications under the Act be governed by their best interests (ss. 16(8) and 17(5); *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 63 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 117 (*per* McLachlin J.)).

2. The best interests of the child test under the Act is constitutional (*Young, supra*, at p. 71 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 124 (*per* McLachlin J.)).

3. The Act provides that the best interests of the child must be "determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child" (s. 16(8)) or, where "there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child, . . . by reference to that change" (s. 17(5)). It is thus from the child's perspective, and not from the perspective of either parent, that his or her best interests must be assessed (J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3rd ed. 1993), at p. 279; *Young, supra*, at p. 63 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

4. Custody and access confer entitlements only to the extent that they enable both parents to discharge their responsibilities and obligations to their children in order to ensure and promote their best interests (*Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, at p. 185 (*per* Wilson J.); *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 132 (*per* Wilson J.); *Young, supra*, at p. 59 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

5. The Act provides that, in making an order regarding the child, "the court shall give effect to the principle that a child . . . should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child" (ss. 16(10) and 17(9) (*emphasis added*)); *Young, supra*, at p. 53 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 118 (*per* McLachlin J.)).

6. Agreements between parents as to any right of the child, be it custody, access or child support, are not binding on courts and must be viewed in light of the best interests of the child (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 845 (*per* Wilson

1. C'est un droit qui appartient aux enfants que les décisions en matière de garde et d'accès en vertu de la Loi doivent être prises dans leur intérêt (par. 16(8) et 17(5); *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 63 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 117 (le juge McLachlin)).

2. Le test de l'intérêt de l'enfant prévu dans la Loi est constitutionnel (*Young, précité*, à la p. 71 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 124 (le juge McLachlin)).

3. Aux termes de la Loi, l'intérêt de l'enfant doit être «défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation» (par. 16(8)) ou, s'«il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant, [. . .], défini en fonction de ce changement» (par. 17(5)). C'est donc du point de vue de l'enfant et non de celui de l'un des parents que l'on doit déterminer ce qui est dans son intérêt (J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 279; *Young, précité*, à la p. 63 (le juge L'Heureux-Dubé)).

4. La garde et l'accès ne confèrent de droits que dans la mesure où ils permettent aux deux parents de s'acquitter de leurs responsabilités et obligations envers leurs enfants afin de garantir et de favoriser l'intérêt de ces derniers (*Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, à la p. 185 (le juge Wilson); *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 132 (le juge Wilson); *Young, précité*, à la p. 59 (le juge L'Heureux-Dubé)).

5. La Loi prescrit qu'en rendant une ordonnance qui concerne l'enfant, «le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant [. . .] doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt» (par. 16(10) et 17(9) (*je souligne*)); *Young, précité*, à la p. 53 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 118 (le juge McLachlin)).

6. Les ententes conclues entre les parents sur quelque droit qui concerne l'enfant, qu'il s'agisse de garde, d'accès ou d'aliments, ne lient pas les tribunaux et doivent être examinées en fonction de l'intérêt de l'enfant (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1

J.); *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, at p. 869 (*per* Wilson J.); *Willick, supra*, at p. 686 (*per* Sopinka J.) and at p. 727 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, at pp. 396-99 (*per* L'Heureux-Dubé J.).

With these premises in mind, I now turn to the notion of custody which lies at the heart of this appeal.

## II. Custody

The starting point of the analysis is: what does custody encompass? A brief survey of custody at common law, under the Act and provincial statutes as well as under the *Civil Code of Québec* and various international documents, together with a comparative analysis of the trend in other jurisdictions, is in order here.

### (1) *The Common Law*

In *Young, supra*, I examined in detail the rationale underlying custody at common law from an historical perspective, although *Young* dealt with restrictions on access linked to the non-custodial parent's religious activities.

At common law, the focus of custody determinations gradually shifted from the father's exclusive right to his children to the child's best interests as the paramount consideration. Most importantly, however, as I underscored in *Young, supra*, at pp. 37-38:

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 author-

R.C.S. 801, à la p. 845 (le juge Wilson); *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, à la p. 869 (le juge Wilson); *Willick*, précité, à la p. 686 (le juge Sopinka) et à la p. 727 (le juge L'Heureux-Dubé); *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, aux pp. 396 à 399 (le juge L'Heureux-Dubé)).

C'est à partir de cette toile de fond que je me pencherai maintenant sur la notion de garde, qui est au cœur du présent débat.

## II. La garde

Le point de départ de l'analyse est le suivant: que comprend la garde? S'impose ici un bref survol de la notion de garde en common law, dans la Loi et dans les lois provinciales, de même que sous le régime du *Code civil du Québec* et de différents documents internationaux, ainsi qu'une analyse comparative de la tendance qui se dégage dans d'autres juridictions.

### (1) *La common law*

Dans l'arrêt *Young*, précité, j'ai analysé en détail les principes qui sous-tendent la notion de garde en common law dans une perspective historique, bien qu'il y soit question de restrictions imposées au droit d'accès en raison des activités religieuses du parent non gardien.

En common law, dans le cadre des décisions en matière de garde, l'accent a graduellement été mis, comme considération primordiale, non plus sur le droit exclusif du père à l'égard de ses enfants, mais sur l'intérêt de l'enfant. De façon plus importante cependant, ainsi que je l'ai souligné dans l'arrêt *Young*, précité, aux pp. 37 et 38:

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, 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 uni-

70

71

72

73

ity. 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 or her best interests. . . .

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. [Emphasis added.]

74

This traditional view is eloquently reflected by the following passage of the decision of the Ontario Court of Appeal in *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, at p. 677 (*per* Thorson J.A.):

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. [Emphasis added.]

75

More specifically related to the issue in this appeal, the right to determine the place of residence of a child is, at common law, regarded as an incident of custody which is, accordingly, vested in the person to whom custody is entrusted. The evolution of the common law as regards the right to determine the place of residence of a child has been thoroughly canvassed in the recent decision of the Manitoba Court of Appeal in *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609. Writing for the court, Twaddle J.A. observes that once the father no longer had an exclusive right to the custody of his children, "[t]he incidents of that right . . . became vested in whichever parent happened to have custody, whether by decree or agreement" (p. 614). As his careful review of the case law

quement à l'un des parents, celui-ci est investi du droit exclusif d'exercer cette autorité.

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 voit à son intérêt . . .

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. [Je souligne.]

Cette conception traditionnelle est éloquentement exprimée dans le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, à la p. 677 (le juge Thorson):

[TRADUCTION] À mon avis, accorder à l'un des parents le droit de garde exclusif d'un enfant, c'est l'investir, 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 excluant généralement 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. [Je souligne.]

Plus précisément lié à la question ici en débat, le droit de déterminer le lieu de résidence d'un enfant est considéré, en common law, comme un attribut de la garde qui, en conséquence, est accordé à la personne à qui la garde est confiée. L'évolution de la common law en ce qui concerne le droit de déterminer le lieu de résidence d'un enfant a fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt récent de la Cour d'appel du Manitoba *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609. Le juge Twaddle, au nom de la cour, indique que, dès lors que le père n'a plus détenu un droit exclusif de garde auprès de ses enfants, [TRADUCTION] «[L]es attributs de ce droit [ . . . ] ont été confiés au parent ayant obtenu la garde, que ce soit par jugement ou par convention» (p. 614). Ainsi que le fait ressortir

demonstrates, one such incident was the power to decide where the children should live, at p. 615:

*Hunt v. Hunt* (1884), 28 Ch. D. 606 (C.A.), was one of the first cases to deal with the competing rights of one parent as custodian and the other as an access parent. The case turned on the construction of a deed of separation which gave the father custody of his children with "free liberty of access" to the mother. The father, an army medical officer, was posted to Egypt. He intended to take two of his children with him. The mother sought to restrain the father from doing so on the ground that the move would frustrate access. The court was unsympathetic. Fry L.J. said (at p. 613):

The deed appears to me only to give the wife a right of access to them where they happen to be, and to hold that it obliges the husband to keep the children in such a place that she can conveniently have access to them, would create formidable difficulties, for how could it be determined what was the limit to the places to which the husband might take them.

As viewed by Fry L.J., the only possible limitation on the father's right to move the children's residence was a need for the father to show good faith.

*Hunt v. Hunt* was followed not only in England, but also in Canada. The right of the custodial parent (be that the father or the mother) to move the children away from the access parent continued to be recognized subject only to the kinds of limitation contemplated by Fry and Bowen L.JJ.: see *Douglas v. Douglas*, [1948] 1 W.W.R. 473 (Sask. K.B.), *Lamond v. Lamond*, [1948] 1 W.W.R. 1087 (Sask. K.B.), and *Beck v. Beck* (1949), [1950] 1 D.L.R. 492 (B.C.C.A.). [Emphasis added.]

After reviewing numerous cases and their underlying principles, Twaddle J.A. concludes that, as of 1985, "[a] custodial parent was free to change the place of residence of a child in his or her custody without prior approval unless the power to make the decision to do so was restricted by court order or agreement" (p. 618).

The issue of the mobility of the custodial parent was dealt with by the Ontario Court of Appeal in

son analyse approfondie de la jurisprudence, à la p. 615, l'un de ces attributs était le pouvoir de fixer le lieu de résidence des enfants:

[TRADUCTION] L'arrêt *Hunt c. Hunt* (1884), 28 Ch. D. 606 (C.A.) est l'un des premiers qui a porté sur les droits opposés du parent gardien et du parent ayant un droit d'accès. La cour dans cette affaire devait interpréter un acte de séparation confiant au père la garde de ses enfants et à la mère «un droit d'accès inconditionnel». Le père, un médecin militaire, a été muté en Égypte. Il avait l'intention d'y amener deux de ses enfants. La mère a tenté de l'en empêcher pour le motif que le déménagement entraverait son droit d'accès. La cour s'est montrée peu compatissante. Le lord juge Fry a affirmé (à la p. 613):

L'acte me paraît ne confier à l'épouse qu'un droit d'accès à l'égard des enfants là où ils sont, et conclure qu'il oblige l'époux à garder les enfants dans un lieu qui permette à l'épouse d'exercer ce droit sans inconvénient créerait d'énormes difficultés; comment en effet pourrait-on fixer la limite quant aux endroits où l'époux peut les amener?

Comme l'a estimé le lord juge Fry, le droit du père de changer le lieu de résidence des enfants ne peut être restreint que par son obligation de faire preuve de bonne foi.

L'arrêt *Hunt c. Hunt* a été suivi non seulement en Angleterre, mais également au Canada. Le droit du parent gardien (qu'il s'agisse du père ou de la mère) d'amener les enfants loin du parent ayant un droit d'accès a continué d'être reconnu sous réserve seulement des formes de restriction envisagées par les lords juges Fry et Bowen: voir *Douglas c. Douglas*, [1948] 1 W.W.R. 473 (B.R. Sask.), *Lamond c. Lamond*, [1948] 1 W.W.R. 1087 (B.R. Sask.), et *Beck c. Beck* (1949), [1950] 1 D.L.R. 492 (C.A.C.-B.). [Je souligne.]

Après avoir passé en revue de nombreuses affaires et les principes qui les sous-tendent, le juge Twaddle conclut que, depuis 1985, [TRADUCTION] «[u]n parent gardien est libre de changer le lieu de résidence d'un enfant dont il a la garde sans approbation préalable, à moins que le pouvoir de prendre cette décision ne soit restreint par une ordonnance de la cour ou par entente» (p. 618).

La question de la mobilité du parent gardien a été analysée par la Cour d'appel de l'Ontario dans

*Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321. Evans J.A., for the majority, summarized the applicable principles at common law as follows, at p. 324:

Absenting all consideration of unreasonableness, which, in the circumstances of this case is not a factor, the parent who has custody of children has the right to remove the children without the permission of the other parent in the absence of some specific agreement to the contrary or in the absence of such specific terms with respect to access as would clearly indicate that the parties must have intended that the children remain in close proximity if the specified right of access provided in the agreement was to be an effective right. [Emphasis added.]

See also *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (Ont. H.C.); *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (Ont. C.A.); *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (Sask. Q.B.); *Adie v. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183 (Q.B.).

77

Thus, custody at common law has been historically recognized as a wide and inclusive concept which grants the person entrusted with it, *inter alia*, the power to choose where the child shall live, subject to the right of the non-custodial parent to oppose such choice by seeking a variation order of the custody or access terms and such other limitations as may be warranted on the facts of the case.

## (2) *The Divorce Act*

78

The notion of custody under the Act essentially reflects the common law. As Professor Payne notes, *supra*, at p. 240, a wide concept of custody is well entrenched in Canadian law:

In Canadian divorce proceedings, 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. [Emphasis added.]

l'arrêt *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321. Le juge Evans, pour la majorité, a résumé ainsi les principes qui s'appliquent en common law, à la p. 324:

[TRADUCTION] En l'absence de toute considération relative au caractère déraisonnable, lequel, dans les circonstances de la présente affaire, n'est pas un facteur, le parent qui a la garde des enfants a le droit de les déplacer sans la permission de l'autre parent en l'absence d'une entente explicite contraire ou de modalités relatives au droit d'accès indiquant clairement qu'il était nécessairement dans l'intention des parties que les enfants demeurent à proximité pour que le droit d'accès prévu dans l'entente soit un véritable droit. [Je souligne.]

Voir également *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (H.C. Ont.); *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (C.A. Ont.); *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (B.R. Sask.); *Adie c. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183 (B.R.).

Ainsi, la common law a traditionnellement reconnu un concept large et global de la garde, concept qui habilite la personne qui en est le titulaire à déterminer, notamment, le lieu de résidence de l'enfant, sous réserve, d'une part, du droit du parent non gardien de s'opposer à ce choix en demandant une ordonnance modificative des dispositions relatives à la garde ou à l'accès et, d'autre part, de restrictions qui peuvent être justifiées selon les faits de l'affaire.

## (2) *La Loi sur le divorce*

La notion de garde sous le régime de la Loi reflète essentiellement la common law. Ainsi que le professeur Payne le souligne, à la p. 240, la notion large de garde est bien établie en droit canadien:

[TRADUCTION] Dans les 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. [Je souligne.]

According to the same author, at pp. 242-43, nothing in the Act warrants an inference that Parliament intended to retrench from the meaning of custody previously recognized at common law:

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of “custody” and “accès” in section 2(1), may preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. Pursuant to section 2(1), “custody” includes care, upbringing and any other incident of custody” and “accès” comporte le droit de visite.” The use of the word “includes” in the definition of “custody” implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in section 2(1). . . . Consequently, in the absence of an order for shared parenting or a court-ordered division of the incidents of custody, a non-custodial spouse with access privileges would remain 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 section 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. [Footnotes omitted; emphasis added.]

In line with the accepted meaning of custody at common law and under the divorce legislation, it comes as no surprise, therefore, that the decision as to the residence of the child has been held to fall within the incidents of custody under the Act. As Twaddle J.A. concludes in *Lapointe v. Lapointe*, *supra*, at p. 619:

[Section 16(7) of the Act which provides that the custodial parent may be required to give notice of any change of residence of the child to the non-custodial parent who has been granted access rights] presupposes the existence of a right to make such a change of residence without express approval by the court. There would be no purpose in requiring a person to give such notice, as distinct from a notice of application for permission to move, if the change of residence could not be made unilaterally. Unless, then, the right to decide on a change of residence is expressly excluded from the order of custody, the custodial parent has the right.

The notice requirement would seem to serve two purposes, the first to ensure that the access parent has

D’après le même auteur, aux pp. 242 et 243, rien dans la Loi ne justifie d’en inférer que le législateur a souhaité se départir de la définition de garde antérieurement reconnue en common law:

[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) peuvent interdire aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. Conformément au par. 2(1), «[s]ont assimilés à la garde le soin, l’éducation et tout autre élément qui s’y rattache», et le terme «accès» «[c]omporte le droit de visite». L’expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [ . . . ] En conséquence, en l’absence d’une ordonnance de garde partagée ou d’une répartition des éléments de la garde prononcée par un tribunal, l’époux qui n’a pas la garde mais un droit d’accès demeure un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l’enfant. Ceci 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. [Renvois omis; je souligne.]

Étant donné la définition de garde reconnue en common law et sous le régime de la loi sur le divorce, il n’est guère étonnant que la décision concernant la résidence de l’enfant ait été considérée comme faisant partie des attributs de la garde en vertu de la Loi. Ainsi que le juge Twaddle l’a conclu dans l’arrêt *Lapointe c. Lapointe*, précité, à la p. 619:

[TRADUCTION] [Le paragraphe 16(7) de la Loi, aux termes duquel le parent gardien peut être contraint de donner avis de tout changement de résidence de l’enfant au parent qui n’a pas la garde mais qui jouit de droits d’accès], présume l’existence du droit d’effectuer ce changement de résidence sans l’approbation expresse de la cour. Il serait inutile d’exiger qu’une personne donne un tel avis, distinct de l’avis d’une demande de permission de déménager, si le changement de résidence ne pouvait pas être effectué unilatéralement. Par conséquent, à moins que le droit de changer de résidence soit expressément exclu de l’ordonnance de garde, le parent gardien aura le droit de déménager.

L’obligation de donner un avis semblerait servir deux fins, l’une étant de faire en sorte que le parent ayant un

notice of the move and its significant details and the second to give the access parent the opportunity to seek an order forbidding the move or one making new provision for access after it. [Emphasis added.]

droit d'accès ait un avis du déménagement et des détails importants à cet égard, et l'autre étant d'accorder au parent ayant un droit d'accès la possibilité de demander une ordonnance interdisant le déménagement ou une ordonnance formulant de nouvelles modalités d'accès après le déménagement. [Je souligne.]

80 The proposition that the right to decide where a child should reside is vested in the custodial parent as an incident of custody finds ample support in the case law. No fewer than four Canadian appellate courts have fully endorsed it, namely those of British Columbia, Manitoba, New Brunswick and Quebec: *Levesque v. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Lapointe v. Lapointe*, *supra*; *Benoît v. Reid*, *supra*; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *aff'd* [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*). In *Droit de la famille — 1826*, Proulx J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, states unequivocally that [TRANSLATION] “there is attached to the right of custody a right to decide where the child will live” (p. 1735). In *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53, Morden A.C.J.O., delivering the judgment for the Ontario Court of Appeal, comments that “it is reasonable to think that an incident of custody includes the determination by the custodial parent of where the parent and the child shall live” (p. 63).

La thèse suivant laquelle le droit de décider de la résidence d'un enfant est conféré au parent gardien en tant qu'attribut de la garde est amplement appuyée par la jurisprudence. Pas moins de quatre cours d'appel canadiennes l'ont endossée sans réserves, soit celles de la Colombie-Britannique, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et du Québec: *Levesque c. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Lapointe c. Lapointe*, précité; *Benoît c. Reid*, précité; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *conf. par* [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*). Dans l'arrêt *Droit de la famille — 1826*, le juge Proulx, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec, affirme sans équivoque qu'«au droit de garde est attaché celui de choisir le lieu de résidence de l'enfant» (p. 1735). Dans l'arrêt *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53, le juge en chef adjoint Morden, pour la Cour d'appel de l'Ontario, remarque qu'[TRADUCTION] «il est raisonnable de penser qu'à la garde se rattache la détermination par le parent gardien du lieu où lui et l'enfant vivront» (p. 63).

81 The Act itself, the authors as well as the case law demonstrate that, as at common law, the custody of a child within the context of divorce is an all-encompassing concept which grants the custodial parent the exclusive right to decide where the child shall live, subject to restrictions which may be ordered where the best interests of the child so require (Payne, *supra*, at p. 243) as well as the non-custodial parent's right to apply for “an order varying... a custody order or any provision thereof” pursuant to s. 17(1)(b) of the Act.

La Loi elle-même, les auteurs, de même que la jurisprudence démontrent que, comme en common law, la garde d'un enfant dans le contexte du divorce est un concept global qui confère au parent gardien le droit exclusif de fixer le lieu de résidence de l'enfant, sous réserve des restrictions qui peuvent être ordonnées si l'intérêt de l'enfant le requiert (Payne, *op. cit.*, à la p. 243), et du droit du parent non gardien de demander, conformément à l'al. 17(1)b) de la Loi, «une ordonnance qui modifie [...] une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions».

### (3) *Provincial Statutes*

### (3) *Les lois provinciales*

82 Definitions of custody in provincial statutes are consistent with the wide notion of custody recognized at common law and under the Act. The Sas-

Les définitions que les lois provinciales donnent de la garde sont conformes à la notion large de garde reconnue en common law et sous le régime



katchewan *Children's Law Act*, S.S. 1990-91, c. C-8.1, for instance, specifies that access rights are not to be construed as granting the right to be consulted about or to participate in the making of decisions of the custodial parent unless the court orders otherwise (s. 9(3)); it further provides that the custodial parent may be required to give notice of any change of residence of the child to a person who has been granted access rights, thereby implying that the custodial parent is entitled to make such change of residence (s. 6(5)(b)). Similarly, under the Ontario *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, the choice of the child's place of residence falls within the incidents of custody (s. 20(2) and (5); *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (Ont. C.A.)). See also the Newfoundland *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c. C-13, s. 26(2) and (6); the Prince Edward Island *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, s. 3(2) and (5); the Yukon Territory *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 31(2), (5) and (6).

From a comparative standpoint, it is interesting to note that custody as regards the right to choose the place of residence of a child is given a similar interpretation under the *Civil Code of Québec*, under various international documents as well as in some other common law and civil law jurisdictions.

#### (4) *The Civil Code of Québec*

This Court has recently had occasion to revisit the notion of custody under the *Civil Code of Québec* in *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108, to which I refer for a more detailed analysis.

In brief, although custody is nowhere defined in the *Civil Code of Québec*, it is generally recognized that the attributes of parental authority encompass, among other things, the right to decide the place of residence of a child. See A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 195; M. Ouellette, *Droit de la famille* (3rd ed. 1995), at

de la Loi. La *Children's Law Act* de la Saskatchewan, S.S. 1990-91, ch. C-8.1, par exemple, précise que l'on ne doit pas interpréter le droit d'accès comme emportant le droit d'être consulté au sujet de la décision du parent gardien ou de participer à la prise de décision de ce dernier, à moins que la cour n'en ordonne autrement (par. 9(3)); elle prévoit, en outre, que le parent gardien peut être contraint de donner avis de tout changement de résidence de l'enfant à la personne qui jouit d'un droit d'accès, impliquant par là que le parent gardien a le droit d'effectuer ce changement de résidence (al. 6(5)b)). De même, sous le régime de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.12, le choix du lieu de résidence de l'enfant est inhérent à la garde (par. 20(2) et (5); *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.)). Voir également la *Children's Law Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. C-13, par. 26(2) et (6); la *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-33, par. 3(2) et (5), et la *Loi sur l'enfance* du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 22, par. 31(2), (5) et (6).

D'un point de vue comparatif, il est intéressant de remarquer qu'en ce qui concerne le droit de choisir le lieu de résidence d'un enfant, la garde reçoit une interprétation similaire sous le régime du *Code civil du Québec*, dans différents documents internationaux, de même que dans certaines autres juridictions de common law et de droit civil.

#### (4) *Le Code civil du Québec*

Notre Cour a récemment eu l'occasion de revoir la notion de garde sous le régime du *Code civil du Québec* dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, auquel je renvoie aux fins d'une analyse plus approfondie.

Brièvement, bien que la garde ne soit définie nulle part au *Code civil du Québec*, il est généralement reconnu qu'à l'autorité parentale se rattache notamment le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Voir A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, à la p. 195; M. Ouellette, *Droit de la famille* (3<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 224; P. B.

83

84

85

p. 224; P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, at p. 145.

Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, à la p. 145.

86

Upon separation or divorce of the parents, while parental authority remains, the parent or the third person entrusted with the custody of the child is provided with sole decision-making power with respect to all matters relating to the child, including where he or she shall live (*C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at p. 285 (*per Beetz J.*)). That is not to say, however, that the non-custodial parent is deprived of all exercise of parental authority: so far as it is not incompatible with the rights of the custodial parent, the non-custodial parent must exercise his duties of supervision and education towards the child by means of the right to access (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 164 (*per L'Heureux-Dubé J.*); art. 605 *C.C.Q.* (previously art. 570)), as well as the right to refer any litigious matter relating to the exercise of the parental authority to the court (art. 604 *C.C.Q.* (previously art. 653)).

##### (5) *International Documents*

87

International awareness of children's rights is illustrated by various international documents such as the League of Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1924), the United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959) and the 1989 United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1) of which recognizes the need to make the best interests of the child the primary consideration in all actions concerning children, including legal proceedings. More particularly relevant to the issue raised in this appeal, however, is the Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (the "Convention"). Since in *W. (V.) v. S. (D.)*, *supra*, this Court has had occasion to discuss the notion of custody under the Convention, I will only refer to it briefly here.

Lors de la séparation ou du divorce des parents, bien que l'autorité parentale subsiste, le parent ou la tierce personne à qui a été confiée la garde de l'enfant jouit d'un pouvoir décisionnel exclusif à l'égard de toutes les questions qui concernent l'enfant, notamment de son lieu de résidence (*C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la p. 285 (le juge Beetz)). Cela ne signifie pas pour autant que le parent non gardien se voie privé de toute autorité parentale; dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec les droits du parent gardien, l'autre parent doit exercer ses devoirs de surveillance et d'éducation de l'enfant par l'entremise de son droit d'accès (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 164 (le juge L'Heureux-Dubé); art. 605 *C.C.Q.* (auparavant l'art. 570)) et de son droit de saisir le tribunal de toute question litigieuse relative à l'exercice de l'autorité parentale (art. 604 *C.C.Q.* (auparavant l'art. 653)).

##### (5) *Les documents internationaux*

À l'échelle internationale, la sensibilisation aux droits des enfants est mise en lumière dans différents documents internationaux tels la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1924 de la Société des Nations, la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959 des Nations Unies, ainsi que la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies de 1989, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1), qui reconnaît la nécessité de faire de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants, y compris dans les procédures judiciaires. La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye, R.T. Can. 1983 n° 35 (la «Convention») est toutefois davantage pertinente quant à la question soulevée dans le présent pourvoi. Puisque, dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, précité, notre Cour a eu l'occasion d'analyser la notion de la garde sous le régime de la Convention, je n'y renverrai que brièvement en l'espèce.

88

For the purpose of the Convention, which is the enforcement of custody rights (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 579 (*per La Forest*

Aux fins de la Convention, qui vise à faire respecter les droits de garde (*Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, à la p. 579 (le juge

J.), custody is understood as the “rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence” (art. 5). As this Court stressed in *W. (V.) v. S. (D.)*, it is significant that the international community has adopted a wide concept of custody under the Convention which entails the right to determine the place of residence of a child unless specifically taken away by such means as an explicit non-removal clause included in an interim custody order (*Thomson, supra*, at p. 588 (*per La Forest J.*)).

#### (6) *Other Jurisdictions*

In England, the *Children Act 1989* (U.K.), 1989, c. 41, replaced the concept of custody by that of “parental responsibility” which is defined as “all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property” (s. 3(1)). The common law must still be referred to, however, in order to determine the scope of the powers normally included within parental responsibility: *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1993), vol. 5(2), at para. 730. As regards the right of the custodial parent to move with the child, the leading English authority is *P. (L.M.) v. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659 (C.A.), in which the oft-quoted passage of Sachs L.J.’s opinion may be found, at p. 662:

When a marriage breaks up, then a situation normally arises when the child of that marriage, instead of being in the joint custody of both parents, must of necessity become one who is in the custody of a single parent. Once that position has arisen and the custody is working well, this court should not lightly interfere with such reasonable way of life as is selected by that parent to whom custody has been rightly given. Any such interference may . . . produce considerable strains which would be unfair not only to the parent whose way of life is interfered with but also to any new marriage of that parent. In that way it might well in due course reflect on the welfare of the child. The way in which the parent who properly has custody of a child may choose in a reasonable manner to order his or her way of life is one of those things which the parent who has not been given custody may well have to bear, even though one has

La Forest)), la garde comprend le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence» (art. 5). Ainsi que l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, il est révélateur que la communauté internationale ait adopté sous le régime de la Convention une notion large de garde, notion qui englobe le droit de décider du lieu de résidence d’un enfant, à moins qu’il ne soit supprimé explicitement par des moyens tels une disposition, dans une ordonnance de garde provisoire, interdisant explicitement le déplacement (*Thomson, précité*, à la p. 588 (le juge La Forest)).

#### (6) *Les autres juridictions*

En Angleterre, la *Children Act 1989* (R.-U.), 1989, ch. 41, a substitué à la notion de garde celle de «responsabilité parentale», définie comme comprenant [TRADUCTION] «tous les droits, obligations, pouvoirs, responsabilités et l’autorité qu’un parent d’un enfant exerce légalement à l’égard d’un enfant et de ses biens» (par. 3(1)). Il faut quand même continuer à se référer à la common law pour déterminer l’étendue des pouvoirs qui relèvent normalement de la responsabilité parentale: *Halsbury’s Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1993), vol. 5(2), au par. 730. En ce qui a trait au droit du parent gardien de déménager avec l’enfant, l’arrêt de principe en Angleterre est *P. (L.M.) c. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659 (C.A.), où l’on peut trouver le passage fréquemment cité de l’opinion du lord juge Sachs, à la p. 662:

[TRADUCTION] À la dissolution du mariage, une situation survient normalement lorsque, plutôt que d’être confié à la garde conjointe des deux parents, l’enfant du mariage doit nécessairement être confié à la garde d’un seul. Dans ce cas et si la garde fonctionne bien, notre cour ne doit pas intervenir à la légère dans le mode de vie raisonnable qu’a choisi le parent à qui la garde a été confiée à juste titre. Une telle intervention risque [. . .] de créer de fortes tensions, qui seraient injustes non seulement pour le parent dont le mode de vie est compromis, mais également pour le second mariage de ce parent, le cas échéant. En ce sens, le bien-être de l’enfant risque fort d’en subir les conséquences. La façon dont le parent titulaire de la garde d’un enfant peut choisir d’une manière raisonnable de régler son mode de vie est l’une de ces situations que le parent n’ayant pas obtenu la garde risque fort de devoir supporter, même si

every sympathy with the latter on some of the results. [Emphasis added.]

This proposition is reinforced by Davies L.J. in *Nash v. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704 (C.A.), at p. 706:

... when one parent has been given custody it is a very strong thing for this court to make an order which will prevent the following of a chosen career by the parent who has custody.

See, however, ss. 8(1), 13(1)(b) and (3) of the *Children Act 1989* which provide that where "a residence order" has determined the person with whom the child is to live, then no one may remove him or her from the United Kingdom except with the consent of every person who has parental responsibility for the child or with leave of the court (which may be granted with the residence order).

The Full Court of the Family Court of Australia has adopted a stronger stance in recognizing that the right to decide where a child lives is an incident of custody under the *Family Law Act 1975* (Australia), No. 53 of 1975, s. 63E(1) and (2); *Halsbury's Laws of Australia* (1993), vol. 13, at p. 378,788. Such right is not absolute, however, and remains subject to a court-ordered variation or limitation under s. 64(1)(c) which may be ordered where the best interests of the child so require (*In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147 (Full Ct.); see also J. Eades, "A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?" (1995), 33 *Law Soc. J.* 46).

Closer to us, in the United States, there is authority for the proposition that, upon the parents' divorce or separation, "all rights of decision and control over the child go to the parent awarded custody, except when joint custody is awarded": H. D. Krause, *Family Law in a Nutshell* (3rd ed.

on ne peut que compatir avec ce dernier face à certains résultats. [Je souligne.]

Cette thèse reçoit l'appui du lord juge Davies dans *Nash c. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704 (C.A.), à la p. 706:

[TRADUCTION] ... lorsque la garde a été confiée à l'un des parents, ce serait une décision très sérieuse pour notre cour que de rendre une ordonnance l'empêchant de poursuivre la carrière qu'il a choisie.

Voir cependant le par. 8(1), l'al. 13(1)(b) et le par. 13(3) de la *Children Act 1989*, qui prévoient que lorsqu'une [TRADUCTION] «ordonnance de résidence» a déterminé la personne avec qui l'enfant doit vivre, personne ne peut l'amener à l'extérieur du Royaume-Uni, sauf avec le consentement de toutes les personnes exerçant une responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ou avec l'autorisation de la cour (qui peut être accordée en même temps que l'ordonnance de résidence).

Le tribunal d'appel en matière de droit de la famille de l'Australie a adopté une position plus ferme en reconnaissant que le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant est un attribut de la garde sous le régime de la *Family Law Act 1975* (Australie), n° 53 de 1975, par. 63E(1) et (2); *Halsbury's Laws of Australia* (1993), vol. 13, à la p. 378,788. Un tel droit n'est cependant pas absolu et demeure assujéti à toute modification ou restriction que la cour pourra ordonner en vertu de l'al. 64(1)(c) là où l'intérêt de l'enfant le requiert (*In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147 (Full Ct.); voir également J. Eades, «A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?» (1995), 33 *Law Soc. J.* 46).

Plus près de nous, aux États-Unis, la doctrine permet de soutenir que, lors de la séparation ou du divorce des parents, [TRADUCTION] «tous les pouvoirs de décision et de contrôle à l'égard de l'enfant sont attribués au parent qui obtient la garde, sauf lorsque la garde partagée est accordée»: H. D.

1995), at p. 227 (emphasis in original). Although the rules governing a relocation of the custodial parent may vary from state to state, there is an implicit assumption that the custodial parent has the right to decide where the child should reside, subject to an inquiry into the best interests of the child upon such relocation which may warrant a modification of custody in certain circumstances. See generally E. Sivin, "Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel" (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341; M. S. Cohen, "A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws" (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127; D. T. Kramer, *Legal Rights of Children* (2nd ed. 1994), vol. 1, at pp. 150-57; C. S. Bruch and J. M. Bowermaster, "The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present" (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.

Civil law jurisdictions have legislation similar to that of the *Civil Code of Québec*. In France, for instance, it is generally recognized that the notion of custody is inextricably linked to the right to choose where the child shall live (P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708; G. Marty and P. Raynaud, *Les personnes* (3rd ed. 1976), at p. 288; G. Cornu, *Droit civil: la famille* (3rd ed. 1993), at pp. 126-27).

Given this background, any application for variation of custody or access dealing with a change of residence of the custodial parent and the child must start with the proposition that, absent an agreement or court order restricting the incidents of custody, such as the place of residence of the child, it is within the powers of a custodial parent to decide such a change of residence. I disagree with McLachlin J. that "[t]he demonstration of a material change places that right at issue" (para. 36). What that premise does entail, however, is that the onus of showing why the move is not in the best

Krause, *Family Law in a Nutshell* (3<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 227 (en italique dans l'original). Bien que les règles qui régissent le déménagement du parent gardien puissent varier d'un État à l'autre, il est implicite que le parent gardien a le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, sous réserve d'une enquête quant à son meilleur intérêt par suite de ce déménagement, enquête qui pourrait mener à une modification de garde sous certaines circonstances. Voir de façon générale E. Sivin, «Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel» (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341; M. S. Cohen, «A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws» (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127; D. T. Kramer, *Legal Rights of Children* (2<sup>e</sup> éd. 1994), vol. 1, aux pp. 150 à 157; C. S. Bruch et J. M. Bowermaster, «The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present» (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.

Les pays de droit civil ont des législations semblables au *Code civil du Québec*. Ainsi, en France il est généralement reconnu que la notion de garde est inextricablement liée au droit de décider du lieu de résidence de l'enfant (P. Simler, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708; G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes* (3<sup>e</sup> éd. 1976), à la p. 288; G. Cornu, *Droit civil: la famille* (3<sup>e</sup> éd. 1993), aux pp. 126 et 127).

Dans ce contexte, toute requête en modification de garde ou du droit d'accès se rapportant à un changement de résidence du parent gardien et de l'enfant doit partir du postulat qu'en l'absence d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire restreignant les attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il relève des pouvoirs du parent gardien de décider de ce changement de résidence. Je ne partage pas l'opinion de Madame le juge McLachlin que «[l]a démonstration de l'existence d'un changement important remet ce droit en cause» (par. 36). Ce que cette prémisse implique, toutefois, c'est que le fardeau de démontrer pourquoi le déménagement n'est pas dans l'intérêt de

interests of the child lies with the party who opposes such a move.

94 I pause here to address restrictions that may be imposed on custodial parents.

### III. Restrictions on the Rights of Custodial Parents

95 Section 16(6) of the Act empowers a court to impose terms, conditions or restrictions in connection with its orders for custody and access. The imposition of restrictions on the rights of custodial parents are and should remain the exception rather than the rule. As Professor J. G. McLeod, Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129, points out, at p. 133:

The trend in custody and access cases is to deal with incidents of custody. Based on social biases and past parenting practices, mothers usually receive custody. Most fathers are content to be involved in making major decisions. Accordingly, courts are called on to decide religion, education and residence issues. That is essentially what happens in *Young v. Young*. Nevertheless, there is much to be said for the view that courts should not continue to sever the incidents of custody and continually second-guess the custodial parent. In those instances, the custodial parent is responsible for the child but has no decision making power. [Emphasis added.]

96 In this regard, although entitled to respect and deserving of encouragement, agreements entered into between parents regarding children are not binding on courts and must be based on the best interests of children assessed from the vantage point of the child (Payne, *supra*, at p. 304). See also *Richardson, supra*, at p. 869 (*per* Wilson J.); *Pelech, supra*, at p. 845 (Wilson J.); *Willick, supra*, at p. 686 (*per* Sopinka J.) and at p. 727 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *Cabott v. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390 (B.C.C.A.), at p. 396; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316 (Que. C.A.); *Stewart v. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (Alta. C.A.).

97 However, as far as court orders are concerned, s. 16(8) of the Act provides:

l'enfant incombe à la partie qui s'oppose à ce déménagement.

J'ouvre ici une parenthèse pour discuter des restrictions qui peuvent être imposées aux parents gardiens.

### III. Les restrictions aux droits des parents gardiens

Le paragraphe 16(6) de la Loi habilite la cour à assortir une ordonnance de garde ou d'accès de modalités, de conditions ou de restrictions. L'imposition de restrictions aux droits des parents gardiens est l'exception et non la règle, et elle doit le demeurer. Ainsi que le professeur J. G. McLeod le souligne dans Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129, à la p. 133:

[TRADUCTION] La tendance dans les instances relatives à la garde et au droit d'accès consiste à traiter des attributs de la garde. En raison des préjugés sociaux et des pratiques parentales passées, les mères obtiennent en général la garde. La plupart des pères se satisfont de leur participation à la prise des décisions importantes. Aussi, les tribunaux sont-ils appelés à trancher des questions de religion, d'éducation et de résidence. C'est essentiellement ce qui s'est produit dans l'arrêt *Young c. Young*. Néanmoins, le point de vue suivant lequel les tribunaux ne devraient pas continuer à séparer les attributs de la garde et à continuellement remettre en doute les décisions du parent gardien est très valable. Sinon, le parent gardien assume la responsabilité de l'enfant tout en ne détenant aucun pouvoir de décision. [Je souligne.]

À cet égard, bien qu'elles doivent être respectées et qu'elles méritent d'être encouragées, les ententes conclues entre les parents concernant les enfants ne lient pas les tribunaux et doivent être fondées sur l'intérêt des enfants, évalué du point de vue de l'enfant (Payne, *op. cit.*, à la p. 304). Voir aussi *Richardson*, précité, à la p. 869 (le juge Wilson); *Pelech*, précité, à la p. 845 (le juge Wilson); *Willick*, précité, à la p. 686 (le juge Sopinka) et à la p. 727 (le juge L'Heureux-Dubé); *Cabott c. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390 (C.A.C.-B.), à la p. 396; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316 (C.A. Qué.); *Stewart c. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (C.A. Alb.).

Toutefois, pour ce qui est des ordonnances d'un tribunal, le par. 16(8) de la Loi prévoit:

(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. [Emphasis added.]

With respect to variation orders, s. 17(5) is to the same effect:

(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.]

Having regard to these statutory parameters, limitations on the rights of the custodial parent should not be imposed as a matter of routine. Only if they are found to be required in the best interests of the child, from the child's point of view, can such limitations be justified. Consequently, it is evident that restrictions to incidents of custody cannot be made for frivolous reasons, for the sole purpose of insuring the non-custodial parent's access, to frustrate the custodial parent's mobility, as a bargaining tool, etc. This view is shared by Professor Payne, *supra*, at p. 276:

Canadian courts may include directions in an order for custody that limit or preclude the custodial parent from removing the children from the jurisdiction without the consent of the non-custodial parent or a further order of the court. Such restrictions on the constitutionally guaranteed right of mobility should not be lightly imposed in the absence of cogent evidence that the best interests of the child will thereby be served. [Emphasis added.]

Accepting that perspective, restrictions on incidents of custody, such as the right to determine where the child should live, should not be inferred, for instance, from generous or specified access provisions without more. As Abella J.A.

(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. [Je souligne.]

En ce qui a trait aux ordonnances modificatives, le par. 17(5) va dans le même sens:

(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.]

Compte tenu des paramètres établis par la Loi, les restrictions aux droits du parent gardien ne devraient pas être imposées systématiquement. Ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le requiert, du point de vue de ce dernier, que ces restrictions seront justifiées. De toute évidence, donc, les attributs de la garde ne doivent pas être assortis de restrictions pour des raisons frivoles, à la seule fin de garantir l'accès au parent qui n'a pas la garde, de contrecarrer la mobilité du parent gardien, ou comme moyen de négociation, etc. Le professeur Payne, *op. cit.*, à la p. 276, partage ce point de vue:

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens peuvent, dans une ordonnance de garde, formuler des directives qui restreignent ou annulent le droit du parent gardien d'amener les enfants dans un autre ressort sans le consentement du parent non gardien ou en l'absence d'une autre ordonnance du tribunal. De telles restrictions à la liberté de circulation et d'établissement que la Constitution garantit au parent gardien ne devraient pas être imposées à la légère, en l'absence d'une preuve convaincante que l'intérêt de l'enfant sera ainsi servi. [Je souligne.]

Dans cette perspective, des restrictions aux attributs de la garde, tel le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ne sauraient être imposées uniquement sur la base, par exemple, de dispositions généreuses ou précises en matière d'accès, sans plus. Le juge Abella (aux motifs de laquelle a souscrit le juge Grange) a servi la mise en garde

(Grange J.A. concurring) cautioned in *MacGyver v. Richards*, *supra*, at p. 445:

In deciding what restrictions, if any, should be placed on a parent with custody, courts should be wary about interfering with that parent's capacity to decide, daily, what is best for the child. That is the very responsibility a custody order imposes on a parent, and it obliges — and entitles — the parent to exercise judgments which range from the trivial to the dramatic. Those judgments may include whether to change neighbourhoods, or provinces, or partners, or jobs, or friends, or schools, or religions. Each of those significant judgments may affect the child in some way, but that does not mean that the court has the right to prevent the change.

The inevitable genesis of a court having to make a decision is because of some stress and instability. To minimize future stresses, as opposed to more utopian and less realistic objectives, the court should be overwhelmingly respectful of the decision-making capacity of the person in whom the court or the other parent has entrusted primary responsibility for the child. We cannot design a system which shields the non-custodial parent from any change in the custodial parent's life which may affect the exercise of access. [Emphasis added.]

100 Coming back to the impact of a change of residence by the custodial parent in the context of an application to vary custody, I now turn to the question of who bears the onus of proof.

#### IV. Onus

101 The custodial parent's right, as part of the incidents of custody, to decide the place of residence of the child has consequences for the allocation of the burden of proof.

102 At the outset, it must be noted that there is no clear legal obligation on the part of the custodial parent to notify the non-custodial parent of a change of residence of the child, absent a court order under s. 16(7) of the Act or a valid consensual covenant to that effect. Nevertheless, it would be appropriate for the custodial parent to notify the non-custodial parent of a proposed change of residence except, of course, where there is a threat or

suiivante dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 445:

[TRADUCTION] Lorsqu'ils déterminent quelles restrictions, le cas échéant, doivent être imposées au parent gardien, les tribunaux doivent veiller à ne pas s'immiscer dans la capacité de ce parent de décider quotidiennement ce qui est préférable pour l'enfant. C'est là la responsabilité même qu'une ordonnance de garde impose à un parent, et elle oblige le parent — et l'habilite — à prendre des décisions qui vont de la plus insignifiante à la plus importante. Il peut s'agir de décider de changer de voisinage, de province, de partenaires, d'emplois, d'amis, d'écoles ou de religion. Si chacune de ces décisions importantes peut avoir un impact sur l'enfant, cela ne signifie pas pour autant que le tribunal a le droit d'interdire le changement.

Le stress et l'instabilité sont les raisons pour lesquelles le tribunal doit prendre une décision. Pour réduire au minimum le stress dans l'avenir, par opposition à des objectifs plus utopiques et moins réalistes, le tribunal doit être des plus respectueux à l'égard du pouvoir de décision de la personne à qui le tribunal ou l'autre parent a confié la responsabilité première de l'enfant. Nous ne pouvons concevoir de régime qui protège le parent non gardien contre tout changement dans la vie du parent gardien susceptible de compromettre l'exercice du droit d'accès. [Je souligne.]

Pour en revenir à l'effet du changement de résidence par le parent gardien dans le contexte de requêtes en modification de garde, je passe maintenant à la question de savoir à qui incombe le fardeau de preuve.

#### IV. Le fardeau de preuve

Le droit du parent gardien de fixer le lieu de résidence de l'enfant, en tant qu'attribut du droit de garde, a des conséquences sur la répartition du fardeau de preuve.

Au départ, il faut noter qu'il n'existe aucune obligation légale claire pour le parent gardien d'aviser le parent qui n'a pas la garde du changement de résidence de l'enfant en l'absence d'une ordonnance de la cour rendue en vertu du par. 16(7) de la Loi, ou d'une entente valide à cet effet. Il conviendrait, néanmoins, que le parent gardien avise le parent qui n'a pas la garde d'un changement de résidence envisagé sauf, évidemment, si le



fear of violence to the custodial parent or the child, or some other circumstance where such notice would not be in the child's best interests or may not be possible.

This being said, it seems clear that, as in any other type of litigation, the onus of proof lies on the party seeking the variation of a previous court order (Payne, *supra*, at p. 306). This is particularly so in cases implying a change of residence, given the custodial parent's right to elect the place of residence of the children. As Sopinka J. states in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 321:

In a civil case, the two broad principles are:

1. that the onus is on the party who asserts a proposition, usually the plaintiff;
2. that where the subject matter of the allegation lies particularly within the knowledge of one party, that party may be required to prove it.

The non-custodial parent must bear the onus of showing that the proposed change of residence will be detrimental to the best interests of the child to the extent that custody or access should be varied or, exceptionally, where there is cogent evidence that the child's best interests could not otherwise be accommodated in any reasonable way, that the child should remain in the jurisdiction. Where, however, there is a covenant or court order expressly restricting the child's change of residence, the onus should shift to the custodial parent to establish that the decision to relocate is not made in order to undermine the access rights of the non-custodial parent and that he or she is willing to make arrangements with the non-custodial parent to restructure access, when appropriate, in light of the change of residence of the child. In short, as Professors Bruch and Bowermaster, *supra*, put it (at p. 268):

Given the importance of maintaining the custodial household unless the child's welfare will be advanced by a custody transfer, and viewed strictly from the child's vantage point, it seems clear that a parent's motives for moving are generally irrelevant. [Emphasis added.]

parent gardien ou l'enfant ont fait l'objet de menaces ou craignent des actes de violence, ou si, dans d'autres circonstances, un tel avis n'était pas dans l'intérêt de l'enfant ou s'avérait impossible.

Cela étant dit, il semble clair que, comme dans tout autre type de litige, le fardeau de preuve incombe à la partie qui demande la modification d'une ordonnance judiciaire antérieure (Payne, *op. cit.*, à la p. 306). Cela est particulièrement vrai dans les affaires qui impliquent un changement de résidence, étant donné le droit du parent gardien de décider du lieu de résidence des enfants. Ainsi que le juge Sopinka l'écrit dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, à la p. 321:

En matière civile, les deux principes généraux sont les suivants:

1. le fardeau incombe à la partie qui fait valoir un argument, habituellement le demandeur;
2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve.

C'est au parent non gardien qu'incombe le fardeau d'établir que le changement de résidence envisagé sera préjudiciable à l'intérêt de l'enfant à un point tel que la garde ou le droit d'accès doivent être modifiés ou, exceptionnellement, que l'enfant doive demeurer dans la juridiction, pour autant qu'il y ait une preuve convaincante qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable qui servirait l'intérêt de l'enfant. Lorsque, en revanche, une entente ou une ordonnance judiciaire restreint expressément le changement de résidence de l'enfant, il appartiendra au parent gardien d'établir que la décision de déménager ne vise pas à frustrer le droit d'accès du parent non gardien et qu'il est disposé à prendre des arrangements avec ce dernier pour réviser les modalités du droit d'accès, dans la mesure du possible, à la lumière du changement de résidence de l'enfant. Bref, ainsi que les professeurs Bruch et Bowermaster, *op. cit.*, l'affirment (à la p. 268):

[TRADUCTION] Étant donné l'importance de maintenir la nouvelle unité familiale, sauf dans les cas où un transfert de la garde favorisera le bien-être de l'enfant, et strictement du point de vue de ce dernier, il semble clair que les motifs du parent qui déménage sont généralement sans pertinence. [Je souligne.]

105 In the most recent American decision on the question of relocation of custodial parents in California (*In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996)), where the law provides for "frequent and continuous contact" with the non-custodial parent and where, as here, there also exists a "presumptive "right" of a parent entitled to custody to change the residence of his or her minor children", Mosk J., for the majority of the Supreme Court of California (Lucas C.J. and Kennard, George, Werdegar and Chin JJ. concurring), held on the precise point of the onus (at pp. 452-53):

Ordinarily, after a judicial custody determination, the noncustodial parent seeking to alter the order for legal and physical custody can do so only on a showing that there has been a substantial change of circumstances so affecting the minor child that modification is essential to the child's welfare. As we have explained: "The (changed circumstance) rule requires that one identify a prior custody decision based upon circumstances then existing which rendered that decision in the best interest of the child. The court can then inquire whether alleged new circumstances represent a significant change from preexisting circumstances, requiring reevaluation of the child's custody."

We conclude that the same allocation of the burden of persuasion applies in the case of a custodial parent's relocation as in any other proceeding to alter existing custody arrangements: "(I)n view of the child's interest in stable custodial and emotional ties, custody lawfully acquired and maintained for a significant period will have the effect of compelling the noncustodial parent to assume the burden of persuading the trier of fact that a change (in custody) is in the child's best interests."

Similarly, the same standard of proof applies in a motion for change in custody based on the custodial parent's decision to relocate with the minor children as in any other matter involving changed circumstances: "(O)nce it has been established (under a judicial custody decision) that a particular custodial arrangement is in the best interests of the child, the court need not reexamine that question. Instead, it should preserve the established mode of custody unless some significant change in cir-

Dans la décision américaine la plus récente sur la question de la mobilité du parent gardien en Californie (*In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996)), où la loi prévoit un [TRA-DUCTION] «contact fréquent et continu» avec le parent non gardien et où, comme ici, il existe aussi un [TRADUCTION] «droit «présomptif» reconnu au parent qui détient la garde de changer la résidence de ses enfants mineurs», le juge Mosk, au nom de la majorité de la Cour suprême de la Californie (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Lucas et les juges Kennard, George, Werdegar et Chin), a déclaré sur la question précise du fardeau de la preuve (aux pp. 452 et 453):

[TRADUCTION] Normalement, suite à une détermination judiciaire de garde, le parent non gardien cherchant à faire modifier l'ordonnance de garde légale et physique ne peut le faire qu'en démontrant qu'il y a eu un changement important dans les circonstances affectant l'enfant mineur de telle sorte qu'une modification est essentielle au bien-être de l'enfant. Ainsi que nous l'avons expliqué: «La règle (du changement de circonstances) exige que l'on identifie une décision antérieure sur la garde fondée sur les circonstances alors existantes qui ont fait que cette décision reflétait le meilleur intérêt de l'enfant. Le tribunal peut alors déterminer si les nouvelles circonstances alléguées représentent un changement important par rapport aux circonstances préexistantes, exigeant une réévaluation de la garde de l'enfant.»

Nous concluons que la même allocation du fardeau de preuve s'applique au cas de changement de résidence du parent gardien comme à toute autre procédure visant à modifier le statu quo quant à la garde: «(À) la lumière de l'intérêt de l'enfant qui requiert la stabilité de la garde et de ses liens émotifs, la garde légalement obtenue et exercée pendant une période considérable aura pour effet d'imposer au parent non gardien le fardeau de convaincre le juge des faits qu'un changement (de garde) est dans le meilleur intérêt de l'enfant.»

De la même façon, une norme de preuve identique s'applique à une requête pour modification de garde fondée sur la décision du parent de déménager avec les enfants mineurs comme à toute autre affaire relative à un changement de circonstances: «(U)ne fois (qu'une décision judiciaire sur la garde a) établi qu'un arrangement donné relatif à la garde reflète le meilleur intérêt de l'enfant, le tribunal n'est pas tenu de réexaminer cette question. Au lieu de cela, il devrait maintenir le statu

cumstances indicates that a different arrangement would be in the child's best interest."

The showing required is substantial. We have previously held that a child should not be removed from prior custody of one parent and given to the other "unless the material facts and circumstances occurring subsequently are of a kind to render it essential or expedient for the welfare of the child that there be a change." In a "move away" case, a change of custody is not justified simply because the custodial parent has chosen, for any sound good faith reason, to reside in a different location, but only if, as a result of relocation with that parent, the child will suffer detriment rendering it "essential or expedient for the welfare of the child that there be a change."

This construction is consistent with the presumptive "right" of a parent entitled to custody to change the residence of his or her minor children, unless such removal would result in "prejudice" to their "rights or welfare". The dispositive issue is, accordingly, *not* whether *relocating* is itself "essential or expedient" either for the welfare of the custodial parent or the child, but whether a *change in custody* is "essential or expedient for the welfare of the child." [Italics in original; underlining added; references and footnotes omitted.]

Baxter J. (concurring in part, dissenting in part) agreed (at p. 455):

I also agree with the majority that when a relocation dispute arises *after* an initial award of custody has been made, the usual "changed circumstances" rule should apply. A child's welfare is not served by casual changes in caregiving arrangements, and the law abhors the endless relitigation of matters already determined. Hence, the parent who seeks a change in formal custody based on "changed circumstances" (including a parental relocation) bears the burden of persuading the court that *in light of the new circumstances*, an alteration of the existing award is in the child's "best interest." Thus again, a parent who wishes to relocate with the child has no special burden of proving the move is "necessary." [Italics in original; underlining added; references omitted.]

quo quant à la garde à moins qu'un changement important de circonstances n'indique qu'un arrangement différent serait dans le meilleur intérêt de l'enfant.»

La démonstration doit être substantielle. Nous avons déjà décidé que la garde d'un enfant ne devait pas être retirée à un parent et confiée à l'autre «à moins que les faits et circonstances pertinents advenus subséquentement soient de telle nature qu'il devienne essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant qu'un changement ait lieu». Dans une cause de «déménagement», un changement de garde ne se justifie pas simplement parce que le parent gardien a choisi, pour un motif valable et de bonne foi, de résider à un autre endroit, mais seulement si, comme résultat du déménagement avec ce parent, l'enfant subira un préjudice de telle nature qu'il devienne «essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant qu'un changement ait lieu».

Cette interprétation est compatible avec le droit «présomptif» reconnu au parent qui détient la garde de changer la résidence de ses enfants mineurs, à moins que ce déménagement n'ait pour résultat de porter «préjudice» à leurs «droits ou bien-être». La question déterminante, par conséquent, *n'est pas de savoir si déménager en soi est «essentiel ou opportun»* soit pour le bien-être du parent gardien ou celui de l'enfant, mais plutôt de savoir si un *changement de garde* est «essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant.» [Je souligne; en italique dans l'original; citations et renvois omis.]

Le juge Baxter (dissident en partie) s'est prononcé dans le même sens (à la p. 455):

[TRADUCTION] Je suis aussi d'accord avec la majorité pour conclure que lorsqu'un litige relatif au déménagement du parent gardien naît *après* qu'une ordonnance initiale de garde ait été rendue, la règle générale du «changement de circonstances» devrait s'appliquer. Le bien-être d'un enfant n'est pas promu par des changements désinvoltes dans les arrangements relatifs aux soins essentiels qui lui sont prodigués et le droit a horreur des litiges sans fin sur des questions qui ont déjà été décidées. Par conséquent, le parent qui recherche la modification d'une ordonnance de garde fondée sur un «changement de circonstances» (incluant le déménagement d'un parent) a le fardeau de persuader le tribunal qu'à la lumière des nouvelles circonstances, une modification de l'ordonnance existante est dans le «meilleur intérêt» de l'enfant. Ainsi, un parent qui désire déménager avec l'enfant n'a aucune obligation particulière de prouver que le déménagement est «nécessaire». [Je souligne; en italique dans l'original; citations omises.]

107 The difficulty, of course, lies in determining what standard should be applied by courts when deciding relocation disputes upon an application for variation of custody, a matter I will now turn to.

#### V. Standard for Resolving Relocation Disputes

108 Although the Act makes clear that the best interests of the child are the only consideration to be taken into account in making orders concerning children (ss. 16(8) and 17(5)), in assessing those interests, a number of factors must be considered, not the least of which is the desirability of promoting maximum contact between the child and the non-custodial parent, as the Act also makes clear (ss. 16(10) and 17(9)).

109 Access exists in recognition of the fact that it is usually in the best interests of the child to maintain and foster a meaningful relationship with both parents after divorce or separation. As McLachlin J. notes in *Young, supra*, at p. 118, research suggests that ongoing contact with the non-custodial parent may mitigate the detrimental consequences of divorce upon children. See also N. Weisman, "On Access After Parental Separation" (1992), 36 R.F.L. (3d) 35, at pp. 48-54; S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), at p. 253; J. D. Payne and K. L. Kallish, "A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 215, at pp. 220-25. This finds expression in the fact that, in Canada, access is denied in only 2.4 percent of cases (Department of Justice of Canada, *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation* (1990), at p. 111).

110 Important as contact with the non-custodial parent may be, it should be noted that not all experts agree on the weight to be given to such contact in assessing the best interests of children. Several studies suggest that, after parental separation, "the visits by the non-custodial parent will [likely] gradually diminish or terminate" (Payne and Kal-

La difficulté, évidemment, tient à la détermination de la norme que les tribunaux doivent appliquer lorsqu'ils statuent sur des litiges concernant le déménagement dans le cadre d'une requête en modification de garde, question que j'aborderai maintenant.

#### V. La norme de résolution des conflits liés au déménagement

Bien que la Loi précise que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance relative aux enfants (par. 16(8) et 17(5)), il doit, pour déterminer en quoi consiste cet intérêt, considérer un éventail de facteurs, dont l'opportunité de maximiser le contact entre l'enfant et le parent non gardien n'est pas le moindre, ainsi que la Loi le précise également (par. 16(10) et 17(9)).

Si le droit d'accès existe, c'est que l'on reconnaît qu'il est en général dans l'intérêt de l'enfant de favoriser et d'entretenir une relation valable avec les deux parents après un divorce ou une séparation. Ainsi que le juge McLachlin le remarque dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 118, les recherches indiquent qu'un contact soutenu avec le parent non gardien peut atténuer chez les enfants les effets néfastes du divorce. Voir également N. Weisman, «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35, aux pp. 48 à 54; S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), à la p. 253; J. D. Payne et K. L. Kallish, «A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 215, aux pp. 220 à 225. Aussi peut-on constater qu'au Canada, l'accès est dénié dans 2,4 pour 100 des cas uniquement (Ministère de la Justice du Canada, *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation* (1990), à la p. 124).

Aussi important que puisse être le contact avec le parent non gardien, il y a lieu de souligner que les experts ne s'entendent pas sur le poids qu'il convient d'attribuer à cet élément pour évaluer l'intérêt de l'enfant. Plusieurs études indiquent qu'il est probable qu'après une séparation, [TRANSDUCTION] «les visites du parent qui n'a pas la garde

lish, *supra*, at p. 223; see also Weisman, *supra*, at p. 62; M. Richards, "Divorcing children: roles for parents and the state", in J. Eekelaar and M. Maclean, eds., *Family Law* (1994), 249, at p. 251). Other concerns relate to access enforcement and the risk of tensions between the parents as regards access (Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper* (1993), at p. 9; 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), 69, at p. 84).

The paramountcy of the best interests of the child and the objective of promoting maximum contact with the non-custodial parent consistent with such interests are thus the two fundamental premises which must inform the decision of the court in an application to vary custody linked to the change of residence of the custodial parent.

Changes of residence, which might imply a move to another province, territory or country for instance, are inevitable in light of the economic needs and the growing mobility of our society as well as the desirable objective that individuals rebuild their lives after divorce or separation. Faced with such a change of residence, parents generally come to an agreement and rearrange access modalities in order to ensure that the contact with the non-custodial parent is maintained in a meaningful way, in spite of the relocation. In fact, statistics indicate that only a small proportion of custody cases are litigated or court imposed (Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper, supra*, at p. 18; see also J. D. Payne and M. A. Payne, *Introduction to Canadian Family Law* (1994), at p. 124, suggesting that less than one percent of divorces result in a custody trial).

diminueront graduellement ou cesseront complètement» (Payne et Kallish, *loc. cit.*, à la p. 223; voir également Weisman, *loc. cit.*, à la p. 62; M. Richards, «Divorcing children: roles for parents and the state», dans J. Eekelaar et M. Maclean, dir., *Family Law* (1994), 249, à la p. 251). Certaines autres préoccupations portent sur le respect du droit d'accès et sur le risque de tensions entre les parents à cet égard (Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès* (1993), à la p. 10; 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), 69, à la p. 84).

La prépondérance de l'intérêt de l'enfant et l'objectif qui consiste à maximiser le contact avec le parent non gardien en autant qu'il soit compatible avec cet intérêt, sont donc deux prémisses fondamentales dont le tribunal doit tenir compte dans le cadre d'une requête en modification de garde liée au changement de résidence du parent gardien.

Les changements de résidence, qui peuvent entraîner un déménagement dans une autre province ou territoire ou dans un pays étranger par exemple, sont inévitables étant donné les besoins économiques et la mobilité croissante de notre société, de même que l'objectif souhaitable que les individus refassent leur vie après le divorce ou la séparation. Lorsqu'il y a un changement de résidence, les parents s'entendent généralement ou revisitent les modalités du droit d'accès afin que le contact avec le parent non gardien soit maintenu de façon valable en dépit du déménagement. En fait, les statistiques révèlent qu'une faible portion seulement des cas touchant la garde font l'objet d'un litige ou sont tranchés par les tribunaux (Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès, op. cit.*, à la p. 19; voir également J. D. Payne et M. A. Payne, *Introduction to Canadian Family Law* (1994), à la p. 124, qui donnent à entendre que moins de 1 pour 100 des divorces mènent à un procès portant sur la garde).

111

112

113 In *Burgess, supra*, Mosk J., for the majority, shared similar views (at pp. 451-52):

As this case demonstrates, ours is an increasingly mobile society. Amici curiae point out that approximately one American in five changes residences each year. Economic necessity and remarriage account for the bulk of relocations. Because of the ordinary needs for both parents after a marital dissolution to secure or retain employment, pursue educational or career opportunities, or reside in the same location as a new spouse or other family or friends, it is unrealistic to assume that divorced parents will permanently remain in the same location after dissolution or to exert pressure on them to do so. It would also undermine the interest in minimizing costly litigation over custody and require the trial courts to "micromanage" family decisionmaking by second-guessing reasons for everyday decisions about career and family.

More fundamentally, the "necessity" of relocating frequently has little, if any, substantive bearing on the suitability of a parent to retain the role of a custodial parent. A parent who has been the primary caretaker for minor children is ordinarily no less capable of maintaining the responsibilities and obligations of parenting simply by virtue of a reasonable decision to change his or her geographical location. [Italics in original; underlining added; footnotes omitted.]

114 Parental agreements should be the rule and must be encouraged since parents are generally in the best position to assess the best interests of the child. In addition, such agreements minimize ongoing parental conflict and litigation, which are clearly not in the best interests of children. Research on the emotional impact on children of such conflict, notwithstanding its limits, widely supports this common sense observation. See *Young, supra*, at p. 80 (per L'Heureux-Dubé J.); N. Weisman, *supra*, at pp. 54-61; R. Krell, "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175.

Dans l'affaire *Burgess*, précitée, le juge Mosk, au nom de la majorité, s'est prononcé dans le même sens (aux pp. 451 et 452):

[TRADUCTION] Ainsi que l'illustre cette cause, la mobilité de notre société est croissante. Les «amici curiae» soulignent qu'un Américain sur cinq environ change de résidence chaque année. Nécessités économiques et remariages expliquent la majorité des déménagements. Parce que les besoins ordinaires des deux parents après une séparation requièrent qu'ils obtiennent ou conservent un emploi, qu'ils poursuivent des études ou leur carrière ou qu'ils résident au même endroit qu'un nouveau conjoint, d'autres membres de leur famille ou des amis, il est irréaliste de présumer que des parents divorcés demeureront de façon permanente à proximité l'un de l'autre après leur séparation ou d'exiger qu'ils le fassent. Cela minerait aussi l'intérêt à minimiser les coûts associés aux litiges en matière de garde et demanderait aux tribunaux de première instance de «se pencher avec minutie» sur le processus décisionnel familial en remettant continuellement en doute les motifs sous-jacents aux décisions quotidiennes concernant des questions professionnelles et familiales.

De façon plus fondamentale, la «nécessité» de déménager fréquemment a généralement peu, sinon aucune, incidence pertinente sur l'aptitude d'un parent à continuer son rôle de parent gardien. Un parent qui a été la personne qui a prodigué les soins essentiels à des enfants mineurs n'est habituellement pas moins capable d'exercer les responsabilités et les obligations parentales simplement en raison d'une décision raisonnable de changer de résidence. [Je souligne; en italique dans l'original; renvois omis.]

Les ententes entre les parents devraient être la règle et doivent être encouragées puisque les parents sont généralement les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. En outre, ces ententes minimisent les conflits et litiges continuels entre les parents, conflits qui ne sont manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant. En dépit de leurs limites, les recherches sur l'impact de tels conflits sur l'affectivité des enfants confirment amplement cette observation de pur bon sens. Voir l'arrêt *Young*, précité, à la p. 80 (le juge L'Heureux-Dubé); N. Weisman, *loc. cit.*, aux pp. 54 à 61; R. Krell, «The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175.

In the few cases where agreement between the parents is not possible, courts will be called upon to decide. It is never an easy task and sometimes courts can only choose between the lesser of two evils. As Weisman, *supra*, quite realistically observes, at p. 36:

... access issues often present the most intractable problems in all family law. On occasion, fairness and enforceability are impossible to achieve, and the most for which one can hope is the least detrimental alternative for the child. [Footnotes omitted.]

In order to assist courts in making those difficult determinations, some guidelines may be useful.

In the absence of express restrictions relating to the incidents of custody, such as the child's place of residence, it must be assumed that an existing custody order or agreement reflects the best interests of the child and that such interests lie with the custodial parent. There is nothing revolutionary about this proposition, which flows from the Act which states that courts, in making orders under s. 16(8), "shall take into consideration only the best interests of the child". In this respect, deciding upon the merits of an application to vary custody under the Act, in *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 1 S.C.R. vii, the Ontario Court of Appeal, *per curiam*, states, at p. 96:

It is fundamental that where custody has been awarded to the mother pursuant to a decree nisi, that order is presumed to be the right order in the child's best interests. Where, as here, the mother has enjoyed custody for several years pursuant to such an order, then obviously there is a burden on the father to prove that circumstances have so changed that it is no longer in the best interests of the child that he should remain in the custody of the mother. [Emphasis added.]

See also *Willick*, *supra*, at p. 687 (*per Sopinka J.*) and at pp. 734-35 (*per L'Heureux-Dubé J.*).

Dans les rares cas où les parents n'arrivent pas à s'entendre, les tribunaux devront trancher. Ce n'est jamais une tâche facile, et il arrive parfois que les tribunaux ne puissent que choisir entre le moindre de deux maux. Ainsi que Weisman, *loc. cit.*, le fait remarquer de façon fort réaliste, à la p. 36:

[TRADUCTION] ... ce sont fréquemment les questions d'accès qui posent les problèmes les plus difficiles de tout le droit de la famille. Il arrive parfois que l'équité et la force exécutoire des ordonnances relèvent de l'impossible, et l'on ne peut alors espérer qu'une solution qui soit le moins dommageable possible pour l'enfant. [Renvois omis.]

Afin d'aider les tribunaux appelés à prendre ces décisions difficiles, quelques guides peuvent être utiles.

En l'absence de restrictions expresses quant aux attributs de la garde tel le lieu de résidence de l'enfant, il faut tenir pour acquis que l'ordonnance ou l'entente qui existent quant à la garde servent l'intérêt de l'enfant et qu'il est dans cet intérêt qu'il demeure avec le parent gardien. Cette proposition n'a rien de révolutionnaire; elle procède directement de la Loi, qui prescrit que, lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du par. 16(8), le tribunal «ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant». À cet égard, statuant sur le fond d'une requête en modification de garde en vertu de la Loi, dans *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vii, la Cour d'appel de l'Ontario, *per curiam*, affirme, à la p. 96:

[TRADUCTION] Lorsque la garde a été confiée à la mère conformément à un jugement conditionnel de divorce, il est essentiel que cette ordonnance soit présumée être dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque, comme en l'espèce, la mère a joui de la garde pendant plusieurs années conformément à une telle ordonnance, de toute évidence le père doit démontrer que les circonstances ont changé au point qu'il n'est plus dans l'intérêt de l'enfant d'être confié à la garde de la mère. [Je souligne.]

Voir également *Willick*, précité, à la p. 687 (le juge Sopinka) et aux pp. 734 et 735 (le juge L'Heureux-Dubé).

117 The attribution of custody to one parent carries with it the presumption that such parent is the most able to ensure the best interests of the child, for whatever reasons custody is decided. For that matter, both parents may be loving, concerned and caring, they may be equally fit and good parents, but assessing the material, moral and psychological needs of a child commands a much broader inquiry. If, after conducting such an inquiry, or by mutual consent of the parties, a child's custody is entrusted to one of them, it necessarily follows that such parent has been found to be best able to ensure the best interests of the child, taking into account all the circumstances of the parties and the child.

118 The basic premise according to which the custodial parent must be assumed to carry out his or her decision-making responsibilities in the child's best interests is in no way attached to a particular incident of custody, but rather stems from the inextricable link between the significant decision-making responsibility entrusted to the custodial parent and the best interests of the child. As I stated in *Young*, *supra*, at pp. 41-42:

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. . . .

L'attribution de la garde à un parent emporte la présomption que ce dernier est le mieux en mesure de protéger l'intérêt de l'enfant, pour quelque raison que la garde ait été accordée. À cet égard, les deux parents peuvent être affectueux, attentifs et tendres, et peuvent être des parents également aptes et bons, mais l'évaluation des besoins matériels, affectifs et psychologiques de l'enfant exige une analyse beaucoup plus approfondie. Si, après une telle analyse, ou du consentement mutuel des parties, la garde d'un enfant est confiée à l'un d'eux, il s'ensuit nécessairement que ce parent a été jugé le plus apte à assurer l'intérêt de l'enfant, compte tenu de toutes les circonstances des parties et de l'enfant.

La prémisse fondamentale selon laquelle on doit présumer que le parent gardien s'acquitte de ses obligations et prend des décisions dans l'intérêt de l'enfant n'est en rien rattachée à un attribut particulier de la garde, mais naît plutôt du lien inextricable qui existe entre l'importante responsabilité décisionnelle confiée au parent gardien et l'intérêt de l'enfant. Ainsi que je l'ai écrit dans *Young*, précité, aux pp. 41 et 42:

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. . . .



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 . . . . 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. [Emphasis added.]

It follows that where, as here, a decision of the custodial parent is challenged by the non-custodial parent on the basis that it is not in the child's best interests, "[t]he emphasis should be . . . on deferring to the decision-making responsibilities of the custodial parent, unless there is substantial evidence that those decisions impair the child's, not the access parent's, long-term well-being" (*MacGyver v. Richards*, *supra*, at p. 445 (*per* Abella J.A.); emphasis added). It must be remembered, as Twaddle J.A. points out in *Lapointe v. Lapointe*, *supra*, at p. 620:

In all but unusual cases, the custodial parent is in a better position than a judge to decide what is in the child's best interests. A judge can scrutinize the decision, ensure that it is reasonable and even say, when clearly shown, that the custodial parent's decision is not in fact in the child's best interests, but initially it is the person entrusted with the responsibility of bringing up the child who probably knows best.

The same line of thought was endorsed by the New Brunswick Court of Appeal in the more recent decision *Benôit v. Reid*, *supra*, dealing with the issue of the custodial parent's mobility in the context of custody. In light of the fact that "[a] custody award can . . . be regarded as a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer" (p. 178 (emphasis in the original)), Bastarache J.A. (Ryan J.A. concurring) writes, at p. 180:

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. [ . . . ] 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. [Je souligne.]

Il s'ensuit que si, comme en l'espèce, une décision du parent gardien est contestée par le parent qui n'a pas la garde pour le motif qu'elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, [TRADUCTION] «[i]l y a lieu [ . . . ] de s'en remettre au pouvoir décisionnel du parent gardien, à moins qu'il n'y ait une preuve substantielle que ces décisions portent atteinte au bien-être à long terme non pas du parent qui a un droit d'accès, mais de l'enfant» (*MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 445 (le juge Abella); je souligne). Il faut se rappeler, ainsi que le souligne le juge Twaddle dans *Lapointe c. Lapointe*, précité, à la p. 620, que:

[TRADUCTION] À moins de cas exceptionnels, le parent gardien est mieux placé que le juge pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Le juge peut examiner la décision pour s'assurer qu'elle est raisonnable et même conclure, lorsque la preuve est claire, qu'en fait la décision du parent gardien n'est pas dans l'intérêt de l'enfant; au départ, toutefois, c'est la personne à qui est confiée la responsabilité d'éduquer l'enfant qui sait probablement ce qui lui convient le mieux.

Le même raisonnement a été endossé par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt plus récent *Benôit c. Reid*, précité, sur la question de la mobilité du parent gardien dans le contexte de la garde. Compte tenu du fait qu' [TRADUCTION] «[o]n peut [ . . . ] affirmer qu'en matière d'attribution de la garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables» (p. 178 (souligné dans l'original)), le juge Bastarache (aux motifs duquel a souscrit le juge Ryan) écrit à la p. 180:

The test to be applied is whether there is any reason to believe that the move would not be in the best interests of the child. [Emphasis added.]

120 Upon entrusting custody to the custodial parent, a number of factors play a role in the assessment of the best interests of the child, for such best interests “encompass not only physical and economic well-being, but also emotional, psychological, intellectual and moral well-being” (Payne, *supra*, at p. 279). Courts are called upon to balance such considerations as the child’s physical, emotional, social and economic needs in light of the quality of his or her relationship with both parents, their respective ability to look after the child’s best interests and, where the child is old and mature enough, his or her wishes and preferences (see, for instance, s. 8 of the Saskatchewan *Children’s Law Act*). The desirability of maintaining maximum contact between the child and both parents is but one of those numerous factors, albeit a very significant one.

121 The assessment of the child’s best interests also involves a consideration of the particular role and emotional bonding the child enjoys with his or her primary caregiver. The importance of preserving the child’s relationship with his or her psychological parent has long been recognized by this Court on a number of occasions (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 202; *Racine v. Woods*, *supra*, at p. 188; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 101). There is a growing body of evidence that this relationship may well be the most determinative factor on the child’s long-term welfare. As I mentioned in *Young*, *supra*, at p. 66, the vital link between continuity in the emotional bonding of the child with his or her psychological parent and the best interest of the child finds ample support in the literature:

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

[TRADUCTION] Le critère à appliquer est de voir s’il y a motif de croire que le déménagement ne serait pas dans l’intérêt supérieur de l’enfant. [Je souligne.]

Dans l’attribution de la garde au parent gardien, plusieurs facteurs jouent un rôle dans l’évaluation de l’intérêt de l’enfant puisque cet intérêt [TRADUCTION] «englobe non seulement son bien-être physique et économique, mais également son bien-être affectif, psychologique, intellectuel et moral» (Payne, *op. cit.*, à la p. 279). Les tribunaux sont appelés à pondérer des facteurs comme les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l’enfant, à la lumière de la qualité de la relation que celui-ci entretient avec ses deux parents, de la capacité respective de ces derniers de veiller à son intérêt et, si l’enfant est suffisamment âgé et mûr, de son désir et de ses préférences (voir par exemple l’art. 8 de la *Children’s Law Act* de la Saskatchewan). L’opportunité de favoriser un contact maximum entre l’enfant et ses deux parents n’est que l’un de ces nombreux facteurs, quoi qu’il soit fort important.

La détermination de l’intérêt de l’enfant commande également un examen du rôle particulier de la personne qui lui prodigue les soins essentiels et du lien affectif que l’enfant entretient avec elle. L’importance de maintenir le lien de l’enfant avec son parent psychologique a depuis longtemps été reconnue par notre Cour dans plusieurs arrêts (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, à la p. 202; *Racine c. Woods*, précité, à la p. 188; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 101). Selon des données qui s’accumulent, il se peut fort bien que ce lien soit le facteur le plus déterminant quant au bien-être à long terme de l’enfant. Ainsi que je l’ai mentionné dans *Young*, précité, à la p. 66, le lien vital entre, d’une part, le maintien des liens affectifs de l’enfant avec son parent psychologique et l’intérêt de l’enfant, d’autre part, est amplement appuyé dans la doctrine:

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

major focus of custody decisions should be to preserve and protect the relationship between the child and his or her psychological parent. [Emphasis added.]

See also Weisman, *supra*, at p. 47; cited in Bruch and Bowermaster, *supra*: F. F. Furstenberg and A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), at pp. 107-8; E. E. Maccoby and R. H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (1992), at p. 295; and V. King, "Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?" (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

It is against the backdrop of those various factors that came into play in the prior decision as to custody that, upon deciding the merits of an application for variation linked to a change in the circumstances of the child, "the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change" (s. 17(5) of the Act (emphasis added)). If, as my colleague suggests, "[t]he judge on the variation application must consider the matter anew" and that "[t]he earlier conclusion that the custodial parent was the best person to have custody is no longer determinative" (para. 17), one wonders why s. 17(5) has added after the words "the best interests of the child" the words "as determined by reference to that change". This particular wording is indicative that where the change consists of the proposed relocation of the child by the custodial parent, what must be ascertained is the impact of such relocation on the existing custody order which must be assumed to properly ensure the child's best interests.

The change of residence of the child will generally imply restructuring access. In most cases, it will be possible to rearrange access in such a way that, if less frequent, it will be for longer periods of time (J. D. Montgomery, "Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches" (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1, at p. 4; Payne, *supra*, at p. 318). Indeed, studies reveal that the quality of the non-custodial parent's relationship with the child is not tied to the duration or

avec l'enfant et concluent que les décisions en matière de garde devraient viser avant tout à présenter et à protéger les liens entre l'enfant et son parent psychologique. [Je souligne.]

Voir également Weisman, *loc. cit.*, à la p. 47; cité dans Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*: F. F. Furstenberg et A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), aux pp. 107 et 108; E. E. Maccoby et R. H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (1992), à la p. 295; et V. King, «Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?» (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

C'est à la lumière de tous ces différents facteurs qui ont joué un rôle dans la décision antérieure relative à la garde que, lorsqu'il statue sur le fond d'une requête en modification liée à un changement dans la situation de l'enfant, le tribunal «ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement» (par. 17(5) de la Loi (je souligne)). Si, comme ma collègue le donne à entendre, «[l]e juge qui entend la requête en modification] doit considérer l'affaire d'un œil nouveau», et «[l]a conclusion précédente portant que le parent gardien était le plus apte à obtenir la garde de l'enfant n'est plus déterminante» (par. 17), on peut alors se demander pourquoi on a ajouté au par. 17(5), après les mots «l'intérêt de l'enfant», les mots «défini en fonction de ce changement». Ce libellé particulier révèle que, lorsque le changement est le déménagement proposé de l'enfant par le parent gardien, ce qui doit être apprécié est l'impact de ce déménagement sur l'ordonnance de garde existante qui, elle, doit être présumée protéger adéquatement l'intérêt de l'enfant.

Le changement de résidence de l'enfant impliquera généralement un remaniement du droit d'accès. Dans la plupart des cas, il sera possible de varier l'accès de façon que, s'il est moins fréquent, il couvre de plus longues périodes (J. D. Montgomery, «Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches» (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1, à la p. 4; Payne, *op. cit.*, à la p. 318). En fait, les recherches révèlent que la qualité de la relation du parent non gardien

frequency of visits (J. S. Wallerstein, "Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children" (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199, at p. 208, as cited in Bruch and Bowermaster, *supra*). Furthermore, there are a number of ways other than personal visits to maintain contact, such as telephone calls or other technological devices. These are encompassed by ss. 16(10) and 17(9) of the Act which provide for facilitating "contact" between the child and both parents.

124 By itself, the proposed move of the child does not affect his or her relationship with the non-custodial parent nor does it put at issue the ability of the custodial parent to look after the best interests of the child. In most cases, however, such a change of residence does entail a change to access. All other factors being equal and given that access is but one factor which was taken into account in entrusting custody of the child to the custodial parent, it seems logical that, in order for a change to access to outweigh all other considerations, substantial evidence of a net detriment accruing to the child as a result of such change must be adduced by the non-custodial parent.

125 While a change of residence does entail some amount of adaptation on the part of the child as well as both parents, a variation of custody is clearly a more violent disruption in the life of a child. It must be remembered that if a transfer of custody is ordered, another move is to take place, that of the child with the non-custodial parent, with all it implies in terms of future limitations on the child's relationship with his or her primary caretaker. Those considerations underlie the courts' general reluctance to interfere with the custodial parent's decision to relocate by ordering a variation of custody. According to Professor Payne, *supra*, at pp. 305-6:

The discretionary power to vary a subsisting custody order should be exercised cautiously. Existing custody arrangements will not lightly be disturbed unless the evidence cogently demonstrates that the best interests of

avec l'enfant n'est pas fonction de la durée ni de la fréquence des visites (J. S. Wallerstein, «Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children» (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199, à la p. 208, cité dans Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*). Par ailleurs, il existe de nombreux moyens autres que les visites en personne pour maintenir le contact, comme les appels ou d'autres moyens technologiques. Ces derniers sont envisagés aux par. 16(10) et 17(9) de la Loi, qui vise à faciliter le «contact» entre l'enfant et ses deux parents.

En soi, le déménagement proposé de l'enfant ne change rien à sa relation avec le parent non gardien, ni ne remet en question la capacité du parent gardien de veiller à l'intérêt de l'enfant. Dans la plupart des cas, cependant, ce changement de résidence emporte effectivement une modification du droit d'accès. Tous autres facteurs étant égaux, et puisque l'accès n'est que l'un des facteurs dont il a été tenu compte dans la décision de confier la garde de l'enfant au parent gardien, il semble logique, pour qu'un changement du droit d'accès l'emporte sur tous les autres facteurs, qu'une preuve substantielle que l'enfant subira manifestement un préjudice par suite de ce changement doive être faite par le parent non gardien.

Si un changement de résidence requiert effectivement une certaine adaptation de la part de l'enfant et des deux parents, une modification de garde est un bouleversement de toute évidence plus brutal dans la vie d'un enfant. Est-il nécessaire de rappeler qu'un transfert de garde entraînera un second déménagement, celui de l'enfant avec l'autre parent, avec tout ce que cela comporte en termes de restrictions futures sur la relation de l'enfant avec le parent qui lui prodiguait les soins essentiels. C'est en raison de ces considérations que les tribunaux hésitent en général à s'immiscer dans la décision du parent gardien de déménager et à ordonner la modification de la garde. D'après le professeur Payne, *op. cit.*, aux pp. 305 et 306:

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de garde existante doit être exercé avec prudence. Le statu quo relativement à la garde ne sera pas modifié à la légère; il faudra que la preuve démontre

the children will be served by the changes being made. [Footnotes omitted.]

Generally, disrupting the relationship of the child with his or her primary caregiver will be more detrimental to the child than reduced contact with the non-custodial parent (J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, at p. 435; B. Hovius, "The Changing Role of the Access Parent" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123, at p. 132; Richards, *supra*, at p. 252). However, where the children are older and can manifest their preferences, a change of custody may be envisaged, particularly when the relationship with the non-custodial parent is of such a quality and benefit to the child as to make a change of custody the best alternative taking into account all the circumstances.

It must be emphasised that cogent evidence of the quality and richness of such a relationship will be required to offset the effect upon the child of disrupting his or her relationship with the custodial parent. As Abella J.A. puts it in *MacGyver v. Richards*, *supra*, at p. 443:

... it is, in my view, a quantum leap from the observation that a child has a good relationship with a non-custodial parent to the conclusion that the preservation of this relationship is the determinative factor in deciding what is in the child's best interests.

The significance of such a relationship in the child's life should not be assumed, even in the presence of a restrictive covenant or court order as to the child's place of residence, broad or specified access or joint custody. Rather, in assessing the child's best interests, the focus should be on the reality of the parenting and child care arrangements (J. D. Payne and E. Overend, "The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction" (1984), 15 *R.G.D.* 645, at pp. 652-55).

In the majority of situations, the child's best interests will be easily ascertainable. Where, for instance, access is not regularly exercised, not in the child's best interests nor significant enough,

de façon convaincante que l'intérêt des enfants sera servi par les changements effectués. [Renvois omis.]

En général, rompre la relation de l'enfant avec la personne qui lui prodigue les soins essentiels sera davantage néfaste pour l'enfant qu'un contact moindre avec le parent non gardien (J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, à la p. 435; B. Hovius, «The Changing Role of the Access Parent» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123, à la p. 132; Richards, *loc. cit.*, à la p. 252). Cependant, lorsque les enfants sont plus âgés et en mesure d'exprimer leurs préférences, un changement de garde pourrait être envisagé, particulièrement lorsque la relation avec le parent non gardien est d'une si grande qualité et bénéficie à l'enfant à un point tel que ce changement est la meilleure solution compte tenu de toutes les circonstances.

Il y a lieu de souligner qu'il faudra une preuve convaincante de la qualité et de la profondeur de cette relation pour contrebalancer l'effet sur l'enfant de la rupture de sa relation avec le parent gardien. Ainsi que l'observe le juge Abella dans *MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 443:

[TRADUCTION] ... il y a à mon avis un pas énorme à franchir entre le fait de constater qu'un enfant entretient une bonne relation avec le parent qui n'a pas la garde et la conclusion que le maintien de cette relation est le facteur clé dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.

On ne doit pas présumer de l'importance d'une telle relation dans la vie de l'enfant, même en présence d'une convention ou d'une ordonnance judiciaire restrictives quant au lieu de résidence de l'enfant, au droit d'accès général ou précis, ou s'il s'agit d'une garde partagée. Dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, on doit plutôt mettre l'accent sur la réalité du rôle des parents et leur implication envers les enfants (J. D. Payne et E. Overend, «The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction» (1984), 15 *R.G.D.* 645, aux pp. 652 à 655).

Dans la majorité des cas, on pourra facilement déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant. Lorsque, par exemple, le droit d'accès n'est pas exercé de façon régulière, ou qu'il n'est pas dans

126

127

128

the child is very young or has clearly expressed his or her preferences to remain with the custodial parent or the proposed relocation is for a limited period of time, it will be rare that such relocation will impact on the child's best interests to the extent that custody should be varied.

l'intérêt de l'enfant, ni suffisamment important, que l'enfant est très jeune ou qu'il a clairement exprimé son désir de rester avec le parent gardien, ou lorsque le déménagement projeté est de durée limitée, ce déménagement ne compromettra que rarement l'intérêt de l'enfant au point qu'il soit nécessaire de modifier la garde.

129 Where, however, both parents have a good relationship with the child and both are proven equally capable of acting as the custodial parent, determining what is in the best interests of the child may be more difficult, but the line, no matter how fine, must nevertheless be drawn.

Si, en revanche, les deux parents entretiennent une bonne relation avec l'enfant et que tous deux se sont révélés être également en mesure d'agir comme parent gardien, la tâche de déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant peut s'avérer plus ardue, mais il faut néanmoins tracer la ligne, aussi ténue soit-elle.

130 There is a controversy on this issue to which my colleague McLachlin J. alludes in her reasons. It has to do with two decisions of the Ontario Court of Appeal: *Carter v. Brooks, supra*, and *MacGyver v. Richards, supra*. Although my colleague advances that those decisions may be consistent in that both mandate careful consideration of the views of the custodial parent, they could not, in my view, be further apart in their approach to deciding an application for variation in the context of the relocation of custodial parents.

Dans ses motifs, ma collègue le juge McLachlin fait allusion à la controverse que suscite cette question. Elle se dégage de deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario: *Carter c. Brooks* et *MacGyver c. Richards*, précités. Bien que ma collègue fasse valoir que ces décisions peuvent être compatibles puisque toutes deux requièrent le respect des vues du parent gardien, elles ne pourraient pas, à mon avis, être plus éloignées quant à leur approche pour décider d'une requête en modification dans le contexte du déménagement de parents gardiens.

131 Before *Carter v. Brooks*, as I have demonstrated earlier, the well-established rule was that absent a contractual restriction or court order as to the child's place of residence, the custodial parent had a *prima facie* right to move with the child, provided that such move was reasonable and not intended to frustrate the non-custodial parent's access, as the best interests of the child had been determined by the prior custody order. By adopting an exclusively fact based analysis, *Carter v. Brooks* departed from that well-settled jurisprudence as the following passage of Morden A.C.J.O.'s opinion for the court illustrates, at p. 63:

Avant l'arrêt *Carter c. Brooks*, comme je l'ai démontré précédemment, la règle bien établie portait qu'en l'absence d'une restriction contractuelle ou d'une ordonnance judiciaire relativement au lieu de résidence de l'enfant, le parent gardien avait un droit *prima facie* de déménager avec l'enfant, pour autant que ce déménagement soit raisonnable et qu'il ne vise pas à saper le droit d'accès du parent non gardien, puisque l'ordonnance de garde antérieure avait déterminé où se trouvait l'intérêt de l'enfant. En adoptant une analyse fondée exclusivement sur les faits, l'arrêt *Carter c. Brooks*, s'est écarté de cette jurisprudence, comme l'illustre le passage suivant de l'opinion du juge en chef adjoint Morden, à la p. 63:

I think that the preferable approach in the application of the [best interests of the child] standard is for the Court to weigh and balance the factors which are relevant in the particular circumstances of the case at hand, without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have. I do not think that the process

[TRADUCTION] Je crois préférable, pour ce qui est de l'application de la norme [de l'intérêt de l'enfant], que la Cour soupèse et pondère les facteurs qui sont pertinents dans les circonstances particulières de l'affaire, sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d'eux. Je ne crois pas qu'il faille appliquer une

should begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof. This over-emphasizes the adversary nature of the proceeding and depreciates the Court's *parens patriae* responsibility. Both parents should bear an evidential burden. At the end of the process, the Court should arrive at a determinate conclusion on the result which better accords with the best interests of the child. If this is impossible, then the result must necessarily be in accordance with the legal status quo on the issue to be decided. [Emphasis added.]

*MacGyver v. Richards*, on the other hand, is more in line with the earlier jurisprudence by reintroducing its more principled approach whose essence is expressed by Abella J.A., at p. 447:

When, therefore, a court has been asked to decide what is in the child's best interests, and a choice must be made between the responsible wishes and needs of the parent with custody and the parent with access, it seems to me manifestly unfair to treat these wishes and needs as being on an equal footing. When one adds to this the dimension that a court's decision ought to favour the possibility that the former partners can get on with their lives and their responsibilities, one reaches the admittedly difficult conclusion that a parent with custody, acting responsibly, should not be prevented from leaving a jurisdiction because the move would interfere with access by the other parent with the child, even if the relationship between the child and the access parent is a good one. [Emphasis added.]

Contrary to my colleague, I am of the view that *Carter v. Brooks* and *MacGyver v. Richards* reveal significant differences of approach. While *Carter v. Brooks* essentially stands for the proposition that the determination of the best interests of the child is best left to the discretionary realm of questions of fact where each relevant factor is to be equally considered and where no party bears any specified burden of proof, *MacGyver v. Richards* recognizes that courts should grant a "presumptive deference to the needs of the responsible custodial parent who, in the final analysis, lives the reality, not the speculation, of decisions dealing with the incidents of custody" (p. 444). Given that the decision-making authority of the custodial parent entails the right to decide where the child shall live, the onus to adduce substantial evidence that such decision is

règle générale portant que l'une des parties échouera à moins qu'elle ne s'acquitte d'un fardeau de preuve particulier. Cela accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure et atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour. Les deux parents devraient assumer le fardeau de preuve. Au terme du processus, la Cour devrait arriver à une conclusion bien définie sur le résultat qui est le plus compatible possible avec l'intérêt de l'enfant. Si cela est impossible, le résultat doit nécessairement être compatible avec le statu quo légal quant à la question à trancher. [Je souligne.]

L'arrêt *MacGyver c. Richards*, est quant à lui plus conforme à la jurisprudence antérieure puisqu'il réintroduit une approche davantage fondée sur des principes, dont l'essence est exprimée par le juge Abella à la p. 447:

[TRADUCTION] Lorsque, par conséquent, un tribunal est appelé à déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, et qu'il doit choisir entre les désirs et les besoins raisonnables du parent gardien et ceux du parent qui a un droit d'accès, il me semble manifestement injuste de traiter ces besoins et ces désirs sur un pied d'égalité. Si on ajoute à cela que la décision de la cour doit permettre aux anciens partenaires de refaire leur vie et de reprendre leurs responsabilités en main, on arrive à la conclusion certes difficile que le parent gardien qui agit de façon responsable ne devrait pas être empêché de quitter une juridiction parce que le déménagement porterait atteinte au droit d'accès de l'autre parent auprès de l'enfant, même si l'enfant et le parent qui jouit d'un droit d'accès ont une bonne relation. [Je souligne.]

Contrairement à ma collègue, je suis d'avis que les arrêts *Carter c. Brooks*, et *MacGyver c. Richards*, révèlent des différences marquées quant à la façon d'aborder la question. Tandis que l'arrêt *Carter c. Brooks* appuie essentiellement la thèse portant qu'il est préférable de laisser la détermination de l'intérêt de l'enfant dans le domaine discrétionnaire des questions de fait, où chaque facteur pertinent doit être considéré également et où aucune partie n'assume de fardeau de preuve particulier, l'arrêt *MacGyver c. Richards* reconnaît que les tribunaux devraient faire preuve [TRADUCTION] «d'un respect présomptif à l'égard des besoins du parent gardien responsable qui, en fin de compte, vit avec les conséquences réelles, et non pas seulement hypothétiques, des décisions qui portent sur les attributs du droit de garde» (p. 444). Puisque le

contrary to the best interests of the child must be placed on the non-custodial parent.

133 There are many reasons why, in my view, this principled approach is preferable to a case-by-case determination on the evidence of each case.

134 At the outset, it must be stressed that I do not suggest that such a principled approach overrides or replaces the best interests of the child as the ultimate test. It is rather a reinforcement of the best interests test and not a contradiction to it. It may well be that, in some circumstances, the custodial parent's decision to relocate may not accord with the best interests of the child and, upon review of the impact of that decision on the child, a court may conclude that a variation of custody or access or, exceptionally, a restriction on the child's mobility is in order. Quite the opposite from shifting the focus from the best interests of children, a principled approach, in adopting the best interests test as the guiding principle, provides much needed clarity and certainty in this difficult area of the law and minimizes the need to resort to protracted acrimonious negotiations or, even worse, traumatic and costly litigation which, ultimately, cannot but injuriously affect the children. In passing, it is interesting to note that similar rules which recognize the custodial parent's *prima facie* right to move with the child have been judged consistent with the best interests of the child in other jurisdictions, such as the United States (see Bruch and Bowermaster, *supra*) and Australia (Eades, *supra*), where, like in Canada, all decisions affecting children are to be governed solely by their best interests.

135 Under *Carter v. Brooks*, the fact-specific case-by-case approach to the best interests of the child test, the absence of guidelines and the inherent discretion it involves foster unpredictability and inconsistency in the application of the law which, in turn, encourages litigation. This uncertainty takes its toll on individual justice by favouring the

pouvoir décisionnel du parent gardien emporte le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, le fardeau de produire une preuve substantielle que cette décision est contraire à l'intérêt de l'enfant doit incomber au parent non gardien.

Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles, à mon avis, cette démarche fondée sur des principes est préférable à une détermination qui relève du cas par cas, soit de la preuve dans chaque cas.

Je tiens à préciser dès le départ que je ne propose pas qu'une telle approche de principe l'emporte sur l'intérêt de l'enfant ou le remplace comme test ultime. Il s'agit plutôt d'un renforcement que d'une contradiction du critère de l'intérêt de l'enfant. Il se peut fort bien que, dans certaines circonstances, la décision du parent gardien de déménager aille à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et que, après un examen des conséquences de cette décision sur l'enfant, le tribunal conclue qu'il y a lieu de modifier la garde ou l'accès ou, exceptionnellement, de restreindre la mobilité de l'enfant. Loin d'atténuer l'importance de l'intérêt de l'enfant, la démarche fondée sur des principes, parce qu'elle adopte le critère de l'intérêt de l'enfant à titre de principe directeur, offre une clarté et une certitude des plus nécessaires dans ce domaine difficile du droit, et réduit au minimum la nécessité de recourir à de longues négociations acrimonieuses ou, encore pire, à un litige traumatisant et coûteux qui, en définitive, ne peuvent que causer préjudice aux enfants. En passant, il est intéressant de signaler que des règles semblables, reconnaissant le droit *prima facie* du parent gardien de déménager avec l'enfant, ont été jugées compatibles avec l'intérêt de l'enfant dans des pays comme les États-Unis (voir Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*) et l'Australie (Eades, *loc. cit.*) où, comme au Canada, toutes les décisions qui concernent les enfants ne doivent être dictées que par leur intérêt.

L'approche du cas par cas adoptée dans l'arrêt *Carter c. Brooks*, dans lequel l'intérêt de l'enfant tient aux faits de l'espèce, l'absence de principes directeurs et la discrétion inhérente que cela emporte, favorisent l'imprévisibilité et le manque d'uniformité dans l'application du droit, ce qui, en retour, encourage les litiges. Cette incertitude