

T. V.-F. and D. F. Appellants

v.

G. C. Respondent

INDEXED AS: C.(G.) v. V.-F.(T.)

File No.: 20257.

1987: June 11; 1987: September 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Child custody — Parental authority — Condition for awarding custody to third person — Whether serious cause exists, within meaning of art. 654 C.C.Q., for partial deprivation of the person having parental authority by divesting him of his custody right — Whether criterion of child's interest stated in art. 30 C.C.L.C. allows the exercise of custody to be awarded to third person in the absence of serious cause attributable to person having parental authority — Whether the distinction between "physical" custody and "legal" custody accepted in the civil law of Quebec.

Judgments and orders — Res judicata — Child custody — Dismissal of motion for custody of children submitted by third person — New facts — New motion for custody allowed — Judgment concerning children reviewable at any time whenever circumstances so justify.

In 1981, the respondent's wife filed for divorce and, with the respondent's consent, obtained interim custody of two children then thirteen and twelve years old. In 1983, knowing she was suffering from a terminal illness, the mother entrusted the care of her children to her sister and brother-in-law, the appellants at bar. After the mother's death, the appellants refused to relinquish the children to the respondent. The latter then took *habeas corpus* proceedings and the appellants replied with a motion seeking "physical" custody of the children. The *habeas corpus* application was allowed by the Superior Court and the appellants' motion dismissed. The judge noted that the children had lived with their uncle and aunt for only three and a half months and that the evidence disclosed no serious cause for denying custody to the father. There was no appeal from this judgment and the appellants handed the children over to respondent. When the children returned to their father's home, they ran away several times to live with the appellants. Two and a half months after the first judg-

T. V.-F. et D. F. Appelants

c.

G. C. Intimé

RÉPERTORIÉ: C.(G.) c. V.-F.(T.)

N° du greffe: 20257.

1987: 11 juin; 1987: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Garde d'enfants — Autorité parentale — Condition d'attribution de la garde à un tiers — Existe-t-il un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. qui permette de prononcer la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale en lui retirant son droit de garde? — Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. permet-il d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers en l'absence d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale? — La distinction entre la garde «physique» et la garde «légale» est-elle admise en droit civil québécois?

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Garde d'enfants — Rejet de la requête pour garde d'enfants présentée par un tiers — Faits nouveaux — Nouvelle requête pour garde accueillie — Jugement relatif aux enfants révisable à tout moment lorsque les circonstances le justifient.

En 1981, la femme de l'intimé demande le divorce et obtient provisoirement la garde des deux enfants alors âgés de 13 et 12 ans du consentement de l'intimé. En 1983, se sachant atteinte d'une maladie terminale, la mère confie ses enfants à sa sœur et à son beau-frère, les présents appelants. Après le décès de la mère, les appelants refusent de remettre les enfants à l'intimé. Ce dernier entame alors des procédures d'*habeas corpus* et les appelants répliquent par une requête demandant la garde «physique» des enfants. La demande d'*habeas corpus* est accueillie par la Cour supérieure et la requête des appelants est rejetée. Le juge note que les enfants habitent chez leur oncle et tante depuis trois mois et demi seulement et que la preuve ne révèle pas de motifs graves qui auraient permis de refuser la garde au père. Il n'y a pas d'appel de ce jugement et les appelants remettent les enfants à l'intimé. Lors de la reprise de la cohabitation familiale, les enfants s'enfuient à de nombreuses reprises pour se réfugier chez les appelants. Deux mois et demi après le premier jugement, les appe-

ment, the appellants filed a new motion for "physical" custody of the children. The motion was allowed. The trial judge rejected the argument of *res judicata* given the presence of new facts subsequent to the first judgment and considered that the evidence presented was sufficient to rebut the presumption of the father's right to custody. Basing his conclusion in part on the psychological report entered in evidence, he concluded that in view of the circumstances it would be contrary to the children's interest to award custody to the father. This decision was set aside by a majority judgment of the Court of Appeal. The majority of the Court held that the first judgment concerning the custody of the children had the authority of *res judicata* between the parties. The Court of Appeal pointed out that bad relations had existed between the father and his children from childhood and that the only new fact was the filing of the psychologist's report. On the merits, it concluded that the award of custody to a third person resulted in partial deprivation of parental authority and it considered that proof of serious cause for deprivation within the meaning of art. 654 C.C.Q. had not been made. In the Supreme Court, the appellants asked that the trial judgment be restored but the pronouncement be varied so as to award them both "legal" and "physical" custody of the children. They submitted that the evidence disclosed the existence of "serious cause" for which respondent should be partially deprived of his parental authority by divesting him of his right to custody. They argued that such evidence is provided here by respondent's inability to develop the usual ties of affection with his children.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Res Judicata*

The first judgment of the Superior Court, authorizing issuance of the writ of *habeas corpus* and dismissing the appellants' application for custody, did not have the authority of *res judicata*. It is of the essence of decisions concerning children that the decisions may be reviewed at any time, whenever circumstances so justify. In the case at bar, the evidence disclosed that the filing of the psychologist's report was not the only new fact subsequent to the first judgment. The inability of the children to adapt to family life with their father is a new circumstance warranting the filing of another motion for custody by the appellants.

(2) *Deprivation of Parental Authority*

Whether total or partial, deprivation of parental authority means not only that the person be precluded from exercising the attributes of parental authority, but

lants font une nouvelle requête pour obtenir la garde «physique» des enfants. La requête est accueillie. Le juge de première instance écarte l'argument de la chose jugée en raison de la survenance de faits nouveaux postérieurs au premier jugement et est d'avis que la preuve soumise suffit à renverser la présomption en faveur du droit de garde du père. Se basant en partie sur le rapport psychologique mis en preuve, il conclut qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants d'en remettre la garde au père dans les circonstances. Cette décision est infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel. La majorité de la Cour estime que le premier jugement relatif à la garde des enfants a l'autorité de la chose jugée entre les parties. Elle souligne que les mauvaises relations entre le père et ses enfants existaient dès l'enfance et que le seul fait nouveau consiste dans le dépôt du rapport du psychologue. Sur le fond du litige, elle conclut que l'attribution de la garde à un tiers entraîne la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale et elle considère que la preuve de motifs graves de déchéance au sens de l'art. 654 C.c.Q. n'est pas apportée. En Cour suprême, les appelants demandent de rétablir le jugement de première instance, mais d'en modifier le dispositif pour leur accorder la garde tant «légale» que «physique» des enfants. Ils soumettent que la preuve révèle l'existence d'un «motif grave» qui permet de prononcer la déchéance partielle de l'autorité parentale de l'intimé en lui retirant son droit de garde. Cette preuve découlerait en l'espèce de l'incapacité de l'intimé de développer des liens affectifs véritables avec ses enfants.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *La chose jugée*

Le premier jugement de la Cour supérieure qui autorise la délivrance du bref d'*habeas corpus* et rejette la requête pour garde des appelants n'a pas l'autorité de la chose jugée. Il est de l'essence des décisions qui concernent les enfants d'être révisables à tout moment lorsque les circonstances le justifient. En l'espèce, la preuve révèle que la production du rapport du psychologue n'est pas le seul fait nouveau depuis le premier jugement. L'incapacité des enfants de s'adapter à la cohabitation familiale avec leur père est une nouvelle circonstance qui justifie la présentation par les appelants d'une deuxième requête pour garde.

(2) *La déchéance de l'autorité parentale*

Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'auto-

also entails the loss of the authority itself which then ceases to be vested in the holder. It can only be ordered for serious cause and in the interest of the child. Deprivation of parental authority amounts to a value judgment in respect of its holder's conduct. A person cannot be even partially deprived unless it be concluded that he or she has been guilty, by action or inaction, of a serious and unjustified failure to perform the parental duty. Partial deprivation takes away the right of custody itself from the holder whereas the attribution of custody to a third person pursuant to art. 30 *C.C.L.C.* can only modify the exercise of the right. Thus, a parent who has not been deprived continues to care for his or her child at his or her home during certain weekends and during long holidays. In the case at bar, though the evidence showed clearly that it is not in the children's interest for them to continue living with their father and it is in their interest to live with appellants, the facts of the case did not show serious cause requiring the partial deprivation of respondent. The "affectional" incapacity referred to by appellants does not constitute "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.*, given that it is not deliberate and has not taken the form of abandonment.

The application for partial deprivation of respondent is without basis for another reason. Article 654 *C.C.Q.* provides that evidence of serious cause will not suffice to deprive a person having parental authority: it must also be shown that such a measure is in the child's interest. The evidence of the latter requirement was not presented. Though they may appear slim in the short term, it is important in the interest of the children and of the father not to compromise the chances of a long-term reconciliation.

Finally, the award of custody of a child to a third person does not entail the deprivation, even the partial deprivation, of the person having parental authority. The seriousness of deprivation and its formal nature rule out the possibility of its being implicitly imposed. It must be "declared", in other words imposed expressly, as provided in art. 654 *C.C.Q.*

(3) *Child's Interest as Criterion for Award of Custody to Third Person*

A third person can obtain custody of a child without applying to have the person having parental authority deprived of that authority. Article 30 *C.C.L.C.*, which makes the child's interests the determining factor in decisions concerning it, authorizes a court to award custody of a child to a third person when the award is made for the child's well-being, even in the absence of any wrongful behaviour on the part of the person having

rité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi. Elle ne peut être prononcée que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant. La déchéance de l'autorité parentale constitue un jugement de valeur sur la conduite du titulaire. On ne peut prononcer la déchéance d'une personne, même partiellement, sans conclure qu'elle a commis, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à son devoir de parent. Tandis que la déchéance partielle enlève au titulaire le droit de garde lui-même, l'attribution de la garde à un tiers en application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ne permet que d'en aménager l'exercice. C'est ainsi que le parent non déchu continue de pouvoir héberger son enfant durant certaines fins de semaine et durant les longs congés. Dans la présente cause, même si la preuve révèle nettement qu'il est contraire à l'intérêt des enfants de continuer à demeurer avec leur père et qu'il est dans leur intérêt de demeurer chez les appelants, les faits de cette cause ne démontrent pas un motif grave qui doit entraîner la déchéance partielle de l'intimé. L'incapacité «affective» à laquelle les appelants se réfèrent ne constitue pas un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* d'autant qu'elle est involontaire et qu'elle ne se traduit pas par un abandon.

La demande de déchéance partielle de l'intimé est mal fondée à un autre point de vue. L'article 654 *C.c.Q.* précise qu'il ne suffit pas d'apporter la preuve d'un motif grave pour prononcer la déchéance du titulaire de l'autorité parentale: il faut de plus qu'il soit prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de recourir à cette mesure. Cette preuve n'a pas été apportée. Même si elles apparaissent minces à court terme, il est important, dans l'intérêt des enfants et du père, de ne pas compromettre les chances de réconciliation à plus long terme.

Finalement, l'attribution à un tiers de la garde d'un enfant n'emporte pas la déchéance, même partielle, du titulaire de l'autorité parentale. La gravité de la déchéance et son caractère formel interdisent qu'elle puisse être déclenchée de façon implicite. Elle doit être «prononcée», c'est-à-dire décrétée expressément comme le stipule l'art. 654 *C.c.Q.*

(3) *L'intérêt de l'enfant en tant que critère d'attribution de la garde à un tiers*

Un tiers peut obtenir la garde d'un enfant sans demander la déchéance du titulaire de l'autorité parentale. L'article 30 *C.c.B.-C.* qui fait de l'intérêt de l'enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers lorsqu'il y va de son bien-être, en l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit

parental authority. A third person who wishes to obtain custody of a child must rebut the presumption to the effect that the parent is in a better position to ensure his own child's well-being. The third person must establish on a balance of probabilities that the development of the child is likely to be compromised if he or she remains with the father or mother or returns to live with them. He must also show that, unlike the person having parental authority, he is able to provide the care and affection needed by the child. Finally, though the award of custody to a third person means that a part of parental authority, for the purposes of the exercise of that part, is lost to the non-custodial parent, this dividing up of the exercise of parental authority does not result in the loss by such a parent of the status of person having parental authority. So far as possible, the decision giving custody of the child to a third person must seek to encourage, by awarding visiting rights and the right to care for the child at the parent's home, the return of the child to its family surroundings or, if that is not possible, to re-establish more harmonious relations. In the case at bar, the evidence amply supported the conclusion of the trial judge that the presumption in favour of the person having parental authority had been rebutted. The evidence showed clearly that in the present circumstances, it is impossible for the two young people to return to live with their father and, furthermore, that appellants are able to exercise custody of the two children properly.

The distinction between "physical" and "legal" custody is rejected. This distinction, originating in decisions of the courts, is not recognized by the *Civil Code*. The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child.

Cases Cited

Considered: *Ménard v. Ménard*, J.E. 81-882 C.A., affg [1981] C.S. 50; *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Gohier-Desfossés v. Gohier*, J.E. 79-23; *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille—228*, [1985] C.S. 808; **referred to:** *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille—32*, [1983] C.S. 79; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; Cass. civ. 1^{ère}, April 14, 1982, *Bull.* 1982, I, No. 125, p. 110 (*Vidal case*); *Droit de la famille—77*, [1983] C.S. 692; *Droit de la famille—195*, [1985] C.S. 349; *S.A. v. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587; *Hébert v. Landry*, [1975] C.A. 108.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish a new Civil Code and to reform family law, S.Q. 1980, c. 39.

renverser la présomption qui veut qu'un parent est mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. Le tiers doit au surplus démontrer qu'il est capable, contrairement au titulaire de l'autorité parentale, de procurer les soins et l'affection qui sont nécessaires à cet enfant. Enfin, même si l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, quant à son exercice, au parent non gardien, ce démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne lui fait pas perdre sa qualité de titulaire de l'autorité parentale. Dans la mesure du possible, la décision qui confie la garde à un tiers doit tendre à favoriser, par l'attribution de droits de visite et d'hébergement, le retour de l'enfant dans son milieu familial ou, à défaut, le rétablissement de relations plus harmonieuses. En l'espèce, la preuve appuie amplement la conclusion du juge de première instance selon laquelle la présomption en faveur du titulaire de l'autorité parentale a été renversée. La preuve démontre clairement que, vu les circonstances actuelles, il est impossible pour les deux adolescents de retourner vivre chez leur père et que les appelants sont en mesure d'exercer convenablement la garde des deux enfants.

La distinction entre la garde «physique» et la garde «légal» doit être rejetée. Cette distinction d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le *Code civil*. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant.

g Jurisprudence

Arrêts examinés: *Ménard c. Ménard*, J.E. 81-882 C.A., conf. [1981] C.S. 50; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Gohier-Desfossés c. Gohier*, J.E. 79-23; *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille—228*, [1985] C.S. 808; **arrêts mentionnés:** *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille—32*, [1983] C.S. 79; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *Bull.* 1982, I, n° 125, p. 110 (arrêt *Vidal*); *Droit de la famille—77*, [1983] C.S. 692; *Droit de la famille—195*, [1985] C.S. 349; *S.A. c. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587; *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108.

j Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 39 [rempl. 1980, chap. 39, art. 61], 47.

- Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 39 [repl. 1980, c. 39, s. 61], 47.
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 30 [ad. 1980, c. 39, s. 3], 56.3 [ad. *idem*, s. 7], 83 [ad. *idem*, s. 12], 119, 245 [rep. *idem*, s. 14].
- Civil Code of Quebec*, arts. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25 [am. 1982, c. 17, s. 29], arts. 813.3 [am. 1983, c. 50, s. 7], 813.8 [am. 1984, c. 26, s. 20], 816, 816.1, 822.2, 822.3, 826 to 826.3.
- Health Protection Act*, R.S.Q. 1977, c. P-35, ss. 42, 43.
- Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1 [formerly S.Q. 1977, c. 20], ss. 3 [repl. 1984, c. 4, s. 5], 4 [repl. *idem*].
- Code civil du Bas-Canada*, art. 30 [aj. 1980, chap. 39, art. 3], 56.3 [aj. *idem*, art. 7], 83 [aj. *idem*, art. 12], 119, 245 [abr. *idem*, art. 14].
- Code civil du Québec*, art. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.
- Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, chap. C-25 [mod. 1982, chap. 17, art. 29], art. 813.3 [mod. 1983, chap. 50, art. 7], 813.8 [mod. 1984, chap. 26, art. 20], 816, 816.1, 822.2, 822.3, 826 à 826.3.
- Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39.
- Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., chap. P-34.1 [auparavant L.Q. 1977, chap. 20], art. 3 [rempl. 1984, chap. 4, art. 5], 4 [rempl. *idem*].
- Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. 1977, chap. P-35, art. 42, 43.

Authors Cited

- Deleury, Édith et Michèle Rivest. «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483.
- Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Joyal-Poupart, Renée. «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97.
- Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.
- Knoppers, Bartha Maria. «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6^e éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.
- Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*. Montréal: P.U.M., 1983.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Senécal, J.-P. «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83.

Doctrine citée

- Deleury, Édith et Michèle Rivest. «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483.
- Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Joyal-Poupart, Renée. «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97.
- Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.
- Knoppers, Bartha Maria. «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6^e éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.
- Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*. Montréal: P.U.M., 1983.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Senécal, J.-P. «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83.

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.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 9 (*sub nom. Droit de la famille—320*), 4 Q.A.C. 39 (*sub nom. C. v. F. and F.*), which reversed a judgment of the Superior Court¹. Appeal allowed.

Pierre-François Mailhot, for the appellants.

Luce Dionne, for the children.

Émile Colas, Q.C., and *Sylvie Sarrazin*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The appeal concerns the conditions under which the custody of a child is awarded to a third person in Quebec civil law.

I. Facts and Proceedings

The principal facts are not in dispute. The majority judgment of the Court of Appeal stated them as follows, *sub nom. Droit de la famille—320*, [1987] R.J.Q. 9, at pp. 11-12:

[TRANSLATION] Appellant G... C... married O... V... on July 2, 1966. Three children were born of this marriage: P... on March 10, 1967; H... on September 14, 1970; and X... on August 23, 1971.

At the time of the judgment of November 29, 1984 [the judgment *a quo*], the three children were still minors but the eldest, P..., lived in France with his maternal grandparents and was not affected by the action.

In 1981, O... V... filed for divorce and obtained interim custody of H... and X... with the father's consent. He also consented to his wife and the children occupying the family home. The same consent gave him visiting and outing rights. This consent was approved by an interim order.

Knowing that she was suffering from a terminal illness, the mother left Canada in July 1983 to return and die in her native land. She died in France on November 23, 1983. Before dying she entrusted the care of her children H... and X... to her sister and brother-in-

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.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 9 (*sub nom. Droit de la famille—320*), 4 Q.A.C. 39 (*sub nom. C. v. F. and F.*), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi accueilli.

Pierre-François Mailhot, pour les appelants.

Luce Dionne, pour les enfants.

Émile Colas, c.r., et *Sylvie Sarrazin*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Le pourvoi porte sur les conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois.

I. Les faits et les procédures

Les faits principaux ne sont pas contestés. Voici comment les relate l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, *sub nom. Droit de la famille—320*, [1987] R.J.Q. 9, aux pp. 11 et 12:

L'appelant G... C... a épousé O... V... le 2 juillet 1966. De ce mariage sont nés trois enfants: P... le 10 mars 1967; H... le 14 septembre 1970 et X... le 23 août 1971.

Lors du jugement du 29 novembre 1984, [le jugement frappé d'appel], les trois enfants étaient encore mineurs mais l'aîné P... vivait en France chez ses grands-parents maternels et n'était pas visé par les procédures.

En 1981 O... V... demande le divorce et obtient provisoirement la garde d'H... et X... par consentement du père. Ce dernier consent aussi à ce que son épouse et les enfants occupent le domicile familial. Par le même consentement, des droits de visite et de sortie lui sont consentis. Ce consentement est entériné par ordonnance provisoire.

Se sachant atteinte d'une maladie terminale, la mère quitte le Canada en juillet 1983 pour aller mourir dans son pays natal. Elle décède en France le 23 novembre 1983. Avant de mourir elle confie ses enfants H... et X...

¹ C.S. Mtl., n° 500-05-000914-844, 29 novembre 1984, le juge Meyer.

¹ Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-000914-844, November 29, 1984, Meyer J.

law, the respondents at bar. The divorce was never granted.

Upon refusal by the respondents to relinquish the children to him, the father took *habeas corpus* proceedings in early 1984 and the respondents replied with a motion seeking *physical custody* of the children. The *habeas corpus* application was heard on an urgent basis by Jean-Marie Brassard J.: he allowed it on March 16, 1984 and dismissed the respondents' motion. *There was no appeal from these judgments.*

The respondents then complied with Brassard J.'s judgment and returned the children to the appellant on March 25, 1984. The children, who were then thirteen and twelve years old, did not agree to this. On the first day they ran away to the respondents' home, but were again returned to the appellant's home on March 26. They again ran away.

On March 27, the respondents again returned them to the father, and the children again ran away. This time, however, the respondents refused to take them in and the police were obliged to intervene to get them back to the appellant's residence.

At the suggestion of the police, the father called in the services of the Protection de la jeunesse, which initiated an inquiry.

On May 4, the children again ran away. On May 7, a verbal agreement was reached in the office of the Centre des services sociaux du Montréal métropolitain between the appellant and the respondents to the effect that the children would remain with the latter for a month, while a psychosocial inquiry was being conducted.

Before the end of this moratorium the maternal grandparents, who reside in France, served a motion on the father asking that the children be authorized to spend two months of their holidays with them. The father opposed this request and the motion was dismissed by John Gomery J. on June 1.

The father reacted to this request by demanding that the children be returned to him before the end of the moratorium and began proceedings against the respondents for contempt of court. The respondents then filed a new motion for *physical custody* of the children.

On June 18, Zerbisias J. heard this motion by the respondents and the appellant's motion for contempt. She made an interim order the same day requiring the children to return to the father's home and compelling the respondents to assist in that return. She set hearing of the two actions for October 29 and 30 and appointed Ms. Luce Dionne to act as counsel for the children.

à sa sœur et son beau-frère, les présents intimes. Le divorce n'a jamais été prononcé.

Devant le refus des intimés de lui remettre les enfants, le père prend des procédures d'*habeas corpus* au début de 1984 et les intimés répliquent par une requête demandant la *garde physique* des enfants. La demande d'*habeas corpus* est entendue d'urgence par monsieur le juge Jean-Marie Brassard qui y fait droit le 16 mars 1984 et qui rejette la requête des intimés. *Il n'y a pas d'appel de ces jugements.*

Les intimés se conforment alors au jugement du juge Brassard et remettent les enfants à l'appellant le 25 mars 1984. Ceux-ci, alors âgés de 13 et 12 ans, ne l'entendent pas ainsi. Dès le premier jour, ils s'enfuient et se réfugient chez les intimés qui vont de nouveau les reconduire chez l'appellant le 26 mars. Nouvelle fugue des enfants.

Le 27 mars les intimés les remettent encore au père et les enfants s'enfuient de nouveau. Mais cette fois les intimés refusent de les recevoir et il faut l'intervention de la police pour qu'ils réintègrent le domicile de l'appellant.

À la suggestion des policiers, le père fait appel aux services de Protection de la jeunesse qui instituent une enquête.

Le 4 mai, les enfants s'enfuient de nouveau. Le 7 mai, au bureau du Centre des services sociaux du Montréal métropolitain, intervient une entente verbale entre l'appellant et les intimés pour que les enfants demeurent chez ceux-ci pendant un mois, le temps de compléter une enquête psychosociale.

Avant que ce moratoire ne prenne fin, les grands-parents maternels, domiciliés en France, font signifier au père une requête demandant que les enfants soient autorisés à passer deux mois de vacances avec eux. Le père s'oppose à cette demande et la requête est rejetée par monsieur le juge John Gomery le 1^{er} juin.

Le père réagit à cette demande en exigeant la remise des enfants avant la fin du moratoire et entame contre les intimés des procédures pour outrage au tribunal. Les intimés font alors une nouvelle requête pour obtenir la *garde physique* des enfants.

Le 18 juin madame le juge Zerbisias est saisie de cette requête des intimés et de la requête de l'appellant pour outrage. Elle rend le jour même une ordonnance intérimaire pour obliger les enfants à retourner chez leur père et pour contraindre les intimés à faciliter ce retour. Elle fixe aux 29 et 30 octobre l'audition des deux procédures et désigne M^e Luce Dionne pour agir comme procureur des enfants.

On July 12, 1984, Ms. Dionne privately commissioned Mrs. Paule Lamontagne, a psychologist, to evaluate the children's situation. This commission produced a long report dated October 25, 1984. The report was the principal basis on which Meyer J. awarded *physical custody* of the children to the respondents.

On October 22, the children again ran away from their father's home when they learned that hearing of the case had been postponed.

Following this latest running away, Tannenbaum J. of the Superior Court allowed the application for adjournment by counsel for the father and refused to order the appellants to return the children to their father until the motion had been decided. On November 29, 1984, Meyer J. allowed the appellants' motion and awarded them "physical" custody of H... and X... The pronouncement of the judgment reads as follows:

[TRANSLATION] AWARDS physical custody of the children H... and X... C... to T... V...-F... and D... F...;

AWARDS legal custody to the father of the children, G... C...;

GRANTS the father G... C... the following visiting and outing rights: a visit lasting a full weekend every three weeks, from Saturday at 9 a.m. to Sunday evening at 8 p.m., or longer if the children wish; and a week during the summer holidays, or longer if the children wish, provided Mr. C... gives one month's prior notice;

ORDERS that the school reports be given simultaneously to the F... and the father by the institutions attended by the children;

ORDERS that the father have complete freedom to write and telephone his children: the telephone to be used reasonably;

ORDERS provisional execution of this judgment notwithstanding appeal and without security.

The whole without costs.

Though this judgment was reversed by a majority of the Court of Appeal, the uncle and aunt have in fact continued to have custody of the children from the time of the running away on October 22, 1984, and the judgment delivered by Tannenbaum J. on October 29, 1984. At the hearing in this Court, H... and X... were sixteen and fifteen years old respectively.

Le 12 juillet 1984, M^e Dionne confie à madame Paule Lamontagne, psychologue, le mandat privé d'évaluer la situation des enfants. Ce mandat donnera lieu à un long rapport daté du 25 octobre 1984. C'est principalement sur la foi de ce rapport que se fonde monsieur le juge Meyer pour accorder la *garde physique* des enfants aux intimés.

Le 22 octobre les enfants s'enfuient de nouveau du domicile de leur père en apprenant que l'audition de l'affaire est retardée.

Suite à cette nouvelle fugue, le juge Tannenbaum de la Cour supérieure, qui a accordé la demande de remise du procureur du père, refuse d'ordonner aux appelants de remettre les enfants à leur père en attendant le sort de la requête. Le 29 novembre 1984, le juge Meyer fait droit à la requête des appelants et leur accorde la garde «physique» de H... et X... Le dispositif du jugement se lit comme suit:

CONFIE la garde physique des enfants H... et X... C... à T... V...-F... et D... F...;

CONFIE la garde légale au père des enfants G... C...;

ACCORDE au père G... C... les droits de visites et de sortie suivants: une visite d'un weekend entier toutes les 3 semaines du samedi à 9:00 heures jusqu'au dimanche soir à 20:00 heures, ou plus si les enfants le désirent; une semaine pendant les vacances d'été, ou plus si les enfants le désirent, moyennant un pré-avis d'un mois par monsieur C...;

ORDONNE la communication des bulletins scolaires simultanément au couple F... et au père par les institutions fréquentées par les enfants;

ORDONNE qu'il y ait une communication épistolaire et téléphonique libre entre le père et les enfants; le téléphone à être utilisé de façon raisonnable;

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant appel et sans cautionnement.

Le tout sans frais.

Bien que ce jugement ait été infirmé par l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, l'oncle et la tante ont continué d'assumer en fait la garde des enfants depuis la fugue du 22 octobre 1984 et le jugement rendu par le juge Tannenbaum le 29 octobre 1984. À l'audition devant cette Cour, H... et X... étaient âgés respectivement de 16 et 15 ans.

II. Judgments of Superior Court and Court of Appeal

The custody of the children was the subject of an initial judgment by the Superior Court in March 1984: *Droit de la famille—125*, [1984] C.S. 380. Brassard J. allowed the application for *habeas corpus* by the father and dismissed the motion for “physical” custody filed by the uncle and aunt. The judge noted that the children had lived with their uncle and aunt for only three and a half months and that the evidence disclosed no serious cause for denying custody to the father. Brassard J. observed that the uncle and aunt did not object to the children returning to live with their father and went on (at p. 383):

[TRANSLATION] . . . the Court finds that since September 8, 1981 the children have been under the influence of their mother, their maternal grandparents and their uncle and aunt and that this environment has perhaps unwittingly prevented them from exercising the free will of a person of full age or making a judicious choice. They have therefore been psychologically deprived of their freedom and art. 851 C.C.P. must be applied.

Two and a half months after this judgment, the appellants again filed a motion for “physical” custody of the children in the Superior Court. Meyer J. allowed the appellants’ motion and dismissed the motion for contempt of court filed by the father. Meyer J. rejected the argument of *res judicata* given the presence of new facts subsequent to the first judgment. He considered that the evidence presented sufficed to rebut the presumption of the father’s right to custody and that the children had in no way been subject to undue influence in making their decision. Meyer J. based his conclusion in part on the psychological report entered in evidence, and the passages referred to by him must be cited:

[TRANSLATION] We have two young teenagers involved in a very difficult family situation which affects their feelings, their social relations, their concentration at school and their academic performance . . . These are distressed young people, so devastated emotionally that they do not know whom to turn to, and they became a replacement for their father’s aggressive reaction to the separation from his wife, her subsequent departure and death.

II. Les jugements de la Cour supérieure et l’arrêt de la Cour d’appel

La garde des enfants fait l’objet d’un premier jugement de la Cour supérieure au mois de mars 1984: *Droit de la famille—125*, [1984] C.S. 380. Le juge Brassard accorde la requête en *habeas corpus* intentée par le père et rejette la requête pour garde «physique» présentée par l’oncle et la tante. Le juge note que les enfants habitent chez leur oncle et tante depuis trois mois et demi seulement et que la preuve ne révèle pas de motifs graves qui auraient permis de refuser la garde au père. Après avoir souligné que l’oncle et la tante ne s’objectent pas à ce que les enfants retournent vivre chez leur père, le juge Brassard ajoute (à la p. 383):

. . . le Tribunal juge que les enfants ont été, depuis le 8 septembre 1981, sous l’influence de leur mère, de leurs grands-parents maternels, de leurs oncle et tante et que cet environnement les empêche, peut-être inconsciemment, d’exercer le libre arbitre d’une personne majeure ou un choix judicieux. Ils sont donc psychologiquement privés de leur liberté et l’article 851 C.P. doit s’appliquer.

Deux mois et demi après ce jugement, la Cour supérieure est saisie à nouveau d’une requête pour garde «physique» des enfants présentée par les appelants. Le juge Meyer accorde la requête des appelants et rejette la requête pour outrage au tribunal intentée par le père. Le juge Meyer écarte l’argument de la chose jugée en raison de la survenance de faits nouveaux postérieurs au premier jugement. Il est d’avis que la preuve soumise suffit à renverser la présomption en faveur du droit de garde du père et que les enfants n’ont aucunement été soumis à une influence indue dans leur décision. Le juge Meyer base sa conclusion en partie sur le rapport psychologique mis en preuve et il y a lieu de citer les extraits auxquels il se réfère:

Nous avons deux jeunes adolescents qui vivent une situation familiale très difficile qui affecte leur vie émotive, leurs relations sociales, leur concentration à l’école et leur rendement scolaire . . . Ces jeunes sont anxieux, en proie à un tel désarroi qu’ils ne savent pas à qui se confier et demeurent l’objet substitut de l’agressivité de leur père face à la séparation de sa femme, à son éloignement subséquent et à sa mort.

With respect to his children, Mr. C... has manifested severe limitations which prevent him from establishing a very strong psychological tie as a parent . . . The children do not turn to their father, they run away from him, they even have to guard themselves against his interference . . . in their lives. They reject their father as the authority figure which might have been established in their early childhood . . . We believe that by his actions, his cold and authoritarian personality, Mr. C... has for the time being lost all chance of being a parent who is cherished and loved by his children.

. . . the children who are the most partisan and attached to one of the two parents when a couple breaks up are those between nine and twelve years old. H... and X... were just that age when the separation took place . . . This explains the tenacity and determination shown by these children not to live with their father. Their mother's death also hardened their loyalties. Furthermore, although these are very disturbed young people, they function quite well, recognizing their father's limitations and pitying him since, in spite of everything, "he is not happy" . . . they have a clear perception of the family situation and of their needs. We reject any suggestion of brainwashing or serious restrictions on their free will. The psychological tie formed between the children and the F... during the separation and the illness of O... V... C..., as well as since that time, is a healthy relationship which must transcend the merely biological tie

It is in their own interest that the children H... and X... require:

Stability: The F... represent a continuity of the maternal home in which the children lived after the separation. The children are aware of this and escape there in order to feel secure and protected. Keepsakes of their mother are to be found there.

Love and affection: The F... are able to demonstrate affection and receive it from the children. The father's love is dependent on marks of respect and obedience.

Respect for the maternal image: The F... loved and supported the children's mother and can help X... and H... to retain a positive idea of her. This is an essential aspect of the development of their personal identities during their adolescent years.

Respect for the paternal role: The F... favour visits by the children to the father

Monsieur C... démontre face à ses enfants des limites sérieuses qui empêchent de créer un lien psychologique parental très intense . . . Les enfants ne recherchent pas leur père, ils le fuient, doivent même se défendre de ses ingérences . . . dans leur vie. Ils rejettent leur père en tant qu'autorité qui se serait constituée à travers les années de la petite enfance . . . Nous croyons que monsieur C... par ses gestes, sa personnalité froide et autoritaire, [. . .] a perdu pour le moment toute chance d'être un parent recherché et aimé de ses enfants.

. . . les enfants qui restent le plus partisans et le plus attachés à l'un des deux parents lors de la rupture du couple sont les enfants de 9 à 12 ans. C'est précisément l'âge qu'avaient H... et X... lors de la séparation . . . Ceci pour nous expliquer la tenacité et la détermination que montrent ces enfants à ne pas vivre avec leur père. La mort a aussi cristallisé leurs allégeances. De plus ces jeunes adolescents sont très inquiets, mais fonctionnent tout de même assez bien, reconnaissent les limites du père et en ont pitié car malgré tout «il n'est pas heureux» . . . ils ont une perception juste de la réalité familiale et de leurs besoins. Nous rejetons toute hypothèse de lavage de cerveau ou de restriction grave dans leur libre arbitre. Le lien psychologique qui s'est tissé, entre les enfants et le couple F... pendant la séparation et la maladie d'O... V... C..., ainsi que depuis, est un lien sain et qui doit transcender le seul lien biologique . . .

Dans l'intérêt des enfants, H... et X... ont:

Besoin de permanence: Le couple F... représente la continuité du foyer maternel où vivaient les enfants après la séparation. Les enfants le reconnaissent ainsi et c'est là qu'ils fuguent pour se sentir bien et protégés. Les souvenirs maternels y sont en consigne.

Besoin d'affection et d'amour: Le couple F... est capable de donner des marques d'affection et d'en recevoir de la part des jeunes. Le père avoue un amour conditionnel à des marques de respect et d'obéissance.

Besoin du respect de l'image maternelle: Le couple F... aimait et soutenait la mère des enfants et peut aider X... et H... à en garder une image positive. Support essentiel au développement de leur identité personnelle qui se parachèvera dans l'adolescence.

Besoin du respect du rôle paternel: Le couple F... favorise des visites des enfants au père . . .

A harmonious family life: The F... have welcomed the children and made a place for them, where they feel at home and accepted. T... V..., their mother's sister, has acted as a substitute mother for H... and X...

To be understood as teenagers: The father regards the needs of teenagers as suspect and as likely to undermine his authority. The F... recognize and respect their needs and permit communication which encourages self-expression and independence.

CONCLUSIONS:

Despite a biological tie between Mr. C... and his two children, no strong, effective and sound psychological tie has developed. The separation and the illness and death of O... V... C..., and the legal proceedings which returned the children to their father, have driven them further away from the father.

A psychological parental tie has been created between them and the F..., and this tie is recognized and approved by the two children, aged thirteen and fourteen.

We feel that the C... children ... went where they felt welcome. Children do not usually run away from places where they are loved, wanted and encouraged. [Emphasis added by trial judge.]

The trial judge expressed his agreement with the psychologist and concluded that in view of the circumstances it would be contrary to the children's interest to give the father custody:

[TRANSLATION] The children are now nine months older than they were at the time of Brassard J.'s judgment. They are thirteen and fourteen years old respectively. The evidence clearly established that their attitude to their father is more negative now than it was in March, and they are more categorical in their refusal to live with him. The evidence as a whole showed that their decision was arrived at as freely as it could be in the unfortunate circumstances of this case. The Court considers that if it awarded physical custody now to the father and the children were given into his care, more running away would take place in the future as has occurred in the past, and relations between the father and the children could only worsen with harmful consequences that would be unavoidable for everyone.

It is certainly not my intention in this judgment to question the respondent C... 's character, rather it is simply to note that bad relations now exist between him and the two children. At the children's present stage in life, it would be very risky to go against their wishes

Besoin d'une vie de famille harmonieuse: Le couple F... a accueilli les enfants et leur a fait une place où ils se sentent intégrés et acceptés. H... et X... y retrouvent un substitut maternel en la personne de T... V... sœur de leur mère.

a

Besoin d'être compris comme adolescents: Le père perçoit les besoins des adolescents comme suspects et risquant de saper son autorité. Le couple F... reconnaît et respecte leurs besoins et admet la communication b favorisant l'expression de soi et l'autonomie.

CONCLUSIONS:

Malgré un lien biologique entre monsieur C... et ses deux enfants, il ne s'est pas développé un lien psychologique intense, valable et sain. La séparation, la maladie, la mort d'O... V... C... ainsi que les procédures judiciaires qui ont rendu les enfants au père n'ont fait qu'éloigner ces derniers du père.

Il s'est créé un lien parental psychologique entre eux et le couple F... et ce lien est celui qui est reconnu et approuvé par les deux enfants de 13 et 14 ans.

Nous croyons que les enfants C... ... ont fugué là où ils se sont sentis accueillis. Les enfants ne fuguent habituellement pas des lieux où ils sont aimés, voulus, encouragés. [Soulignés ajoutés par le juge de première instance.]

Le juge de première instance exprime son accord avec le psychologue et il conclut qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants de remettre la garde au père en raison des circonstances:

Les enfants sont maintenant plus âgés de 9 mois qu'ils n'étaient au moment du jugement du juge Brassard. Ils ont respectivement 13 et 14 ans. La preuve démontre de façon claire que leur attitude en ce qui concerne leur père est plus négative aujourd'hui qu'elle n'était en mars, et qu'ils sont plus catégoriques dans leur refus de vivre chez lui. L'ensemble de la preuve démontre qu'il s'agit d'une décision libre de leur part en autant que ceci soit possible étant donné les circonstances pénibles de cette cause. La Cour est d'avis que si elle donnait la garde physique aujourd'hui au père et si les enfants lui étaient confiés, d'autres fugues auraient lieu à l'avenir comme elles ont eu lieu dans le passé, et que les relations entre le père et les enfants ne pourraient qu'empirer avec des effets néfastes, inéluctables pour tout le monde.

Il est nullement de mon intention dans le présent jugement de mettre en doute le caractère de bon citoyen de l'intimé monsieur C... mais seulement de souligner les mauvaises relations qui existent actuellement entre lui et les deux enfants. À l'âge que les enfants ont actuelle-

when these have been so clearly expressed. The father does not wish to lose his children, and I agree entirely with him, in the children's interest and in his own. However, in the present circumstances the best way of losing them would be to award custody to him at this time, in view of their current attitude to their father and vice versa, and this will be true until great changes occur in the attitudes and behaviour of everyone concerned. [Emphasis added.]

This decision was set aside by a majority judgment of the Court of Appeal. Nichols J.A., who wrote the majority opinion, considered that Brassard J.'s judgment had the authority of *res judicata* between the parties and that, like an appeal, the judgment *a quo* had the effect of reversing an earlier decision based on the same facts. He pointed out that bad relations had existed between the father and his children from childhood and that the only new fact was the filing of the psychologist's report. He said that the report would have contained the same conclusions if it had been filed at the first hearing.

Nichols J.A. also said he considered that the appeal should be allowed on the merits. When the mother died, full parental authority vested in the father under art. 648 C.C.Q. The motion by the uncle and aunt had the effect of depriving the father of his rights. Nichols J.A. rejected the distinction between physical and legal custody (at p. 12):

[TRANSLATION] ... this subtle distinction resorted to by the respondents in their motion has the practical effect of stripping the father of his parental authority or creating constant conflicts of authority which are certainly not in the children's interest.

... parental authority is usually exercised where the children are. Their physical presence is a condition of the authority exercised over them. Parental authority is a day-to-day matter. It cannot be separated from physical presence.

He pointed out that this distinction is also not contained in the *Civil Code of Quebec*. After citing art. 570 C.C.Q., he went on (at p. 13):

[TRANSLATION] Accordingly, the spouse who is deprived of custody retains only the right to watch over the children. He may no longer participate in decisions

ment, il serait très risqué d'aller à l'encontre de leur volonté si clairement exprimée. Le père ne veut pas perdre ses enfants, et je suis pleinement d'accord avec lui, dans l'intérêt des enfants aussi bien que dans son intérêt. Toutefois, dans les circonstances actuelles, la meilleure façon de les perdre serait de lui en donner la garde aujourd'hui, vu leur attitude actuelle vis-à-vis leur père, et vice versa, et jusqu'à de grands changements dans les attitudes et le comportement de tout le monde. [Je souligne.]

Cette décision est infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel. Le juge Nichols, qui rédige l'opinion de la majorité, estime que le jugement du juge Brassard a l'autorité de la chose jugée et que le jugement entrepris a pour effet, à la manière d'un appel, de renverser une décision antérieure fondée sur les mêmes faits. Il souligne que les mauvaises relations entre le père et ses enfants existaient dès l'enfance et que le seul fait nouveau consiste dans le dépôt du rapport du psychologue. Selon lui, ce rapport aurait contenu les mêmes conclusions s'il avait été produit lors de la première audition.

Le juge Nichols se dit également d'avis d'accueillir l'appel sur le fond du litige. Suite au décès de la mère, le père a recouvert la plénitude de l'autorité parentale en vertu de l'art. 648 C.c.Q. Or la requête de l'oncle et de la tante a pour effet de priver le père de ses droits. Le juge Nichols rejette la distinction entre la garde physique et la garde légale (à la p. 12):

... cette distinction subtile à laquelle les intimés ont recours dans leur requête a comme conséquence pratique de dépouiller le père de l'autorité parentale ou de susciter des conflits constants d'autorité qui ne seraient certes pas dans l'intérêt des enfants.

... l'autorité parentale s'exerce normalement là où demeurent les enfants. La présence physique de ceux-ci conditionne l'autorité qui sera exercée sur eux. L'autorité parentale est une affaire de chaque instant. Elle ne peut se dissocier de la présence physique.

Il précise que le *Code civil du Québec* ne retient pas non plus cette distinction. Après avoir cité l'art. 570 C.c.Q., il ajoute (à la p. 13):

Ce n'est donc qu'un pouvoir de surveillance que conserve l'époux qui se voit dépouiller de la garde. Il n'est plus question de participer aux décisions relatives à

regarding their maintenance and education as parents are authorized to do by art. 648 *C.C.Q.*, cited above.

In the view of Nichols J.A., this situation results in partially depriving a parent of his authority. It follows that (at p. 14):

[TRANSLATION] A third person who is seeking to deprive a father and mother of the parental authority recognized by law must ask the courts for total or partial deprivation by showing serious cause and the interest of the child.

Article 654 *C.C.Q.* states this rule clearly:

The court may, for serious cause and in the interest of the child, on the motion of any interested person, declare the father, the mother or either of them, or a third person on whom parental authority may have been conferred, to be totally or partially deprived of such authority.

There must accordingly be serious cause for which the person having parental authority is responsible, and the deprivation of authority must be in the child's interest. Both conditions must necessarily be met.

The majority of the Court of Appeal did not consider that the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* in 1980, requiring that each decision be taken in the child's interest, has altered this requirement. Nichols J.A. observed (at p. 15):

[TRANSLATION] It may be that in the case at bar the uncle and aunt are in a better position than the father to ensure a positive and productive relationship with the children, but the father should not be deprived of part of his parental authority unless it can be shown that he is unworthy to have the custody of his children or is unable to perform his duties properly.

Nichols J.A. concluded that proof of "serious cause" for deprivation under art. 654 *C.C.Q.* had not been made. He felt that the father had not had a real opportunity to show that he was able to carry out his obligations properly since the divorce petition in 1981 and that all the people around the children had joined forces against him when he tried to exercise full custody of the children after his wife's death.

L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, dissenting, considered that the new facts stated by the trial judge provided a basis for the motion by the uncle and aunt and that the matter was not *res judicata*. She noted that the Court of Appeal had

l'entretien et l'éducation comme les parents sont autorisés à le faire par l'article 648 *C.C.Q.* déjà cité.

Selon le juge Nichols, cette situation entraîne la déchéance partielle de l'autorité parentale. Il s'ensuit que (à la p. 14):

Le tiers qui veut dépouiller les père et mère de l'autorité parentale que la loi leur reconnaît doit demander en justice la déchéance totale ou partielle en démontrant un motif grave et l'intérêt de l'enfant.

L'article 654 *C.C.Q.* énonce clairement cette règle:

Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale à l'égard des père et mère, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée.

Il faut donc qu'on retrouve des motifs graves imputables au titulaire qu'on veut faire déchoir de son autorité parentale et que ce soit dans l'intérêt de l'enfant. Les deux conditions doivent nécessairement se rencontrer.

La majorité de la Cour d'appel ne considère pas que l'adoption en 1980 de l'art. 30 *C.c.B.-C.* qui exige que chaque décision soit prise dans l'intérêt de l'enfant ait modifié cette exigence. Le juge Nichols observe (à la p. 15):

Il se peut que dans le présent cas l'oncle et la tante soient mieux en mesure que le père d'assurer une relation positive et profitable avec les enfants, mais le père ne saurait être déchu d'une partie de son autorité parentale sans qu'on puisse démontrer qu'il est indigne d'avoir la garde de ses enfants ou qu'il soit incapable de s'acquitter convenablement de ses obligations.

Le juge Nichols conclut que la preuve de « motifs graves » de déchéance au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* n'est pas apportée. Il est d'avis que le père n'a pas eu une véritable occasion de démontrer qu'il était en mesure de s'acquitter convenablement de ses obligations depuis la demande de divorce en 1981 et que tout l'entourage des enfants s'est ligué contre lui lorsqu'il a essayé de retrouver la garde des enfants suite au décès de son épouse.

Le juge L'Heureux-Dubé, alors juge de la Cour d'appel, dissidente, estime que les faits nouveaux relatés par le juge de première instance donnent ouverture à la requête de l'oncle et de la tante sans qu'il y ait chose jugée. Elle rappelle le pouvoir

very limited powers of intervention in child custody matters and also expressed the view that parental authority and the biological tie no longer take priority over every other consideration in awarding custody. The determining factor in such matters is the general well-being of the child in psychological, spiritual and emotional terms. Even if the father is not an unworthy man in the ordinary sense, L'Heureux-Dubé J.A. was of the following opinion (at p. 25):

[TRANSLATION] The fact that a man is responsible and a good citizen, as the appellant has shown that he is, does not make him, solely for that reason, a father who is able to have custody of his children. The yardstick here is not the parent's general conduct but his or her conduct in relation to the children, in terms of their needs and their general well-being. Beyond material considerations, which are undoubtedly important, are the much more essential considerations of a spiritual, emotional and psychological nature, the tie of affection in particular. That is what the trial judge considered here, and in so doing made no error of principle.

Like the trial judge, L'Heureux-Dubé J.A. dismissed the argument that the uncle and aunt had exercised a harmful influence over the children. She considered that the Superior Court had ruled correctly on the "physical" custody of the children and would have been prepared to award "legal" custody to the appellants to the extent that this concept was applicable.

III. Points at Issue

The appellants are asking this Court to restore the trial judgment, but vary the pronouncement so as to award them both "legal" and "physical" custody of H... and X..., as relations between respondent and his two children have not improved since the trial judgment and there is almost no further hope of reconciliation before the children attain their majority. At the hearing, counsel for the appellants conceded that the award of custody to a third person would amount to a declaration of partial deprivation and that it was therefore necessary to establish the existence of serious cause within the meaning of art. 654 C.C.Q. for giving custody to someone other than the person having parental authority. This concession on a point of law is not binding on the Court. Moreover, counsel

d'intervention très limité de la Cour d'appel en matière de garde d'enfant et elle exprime aussi l'opinion que l'autorité parentale et le lien biologique ne dominent plus désormais toute autre considération dans l'attribution de la garde. Le motif déterminant en cette matière est le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Même si le père n'est pas un homme indigne selon le sens généralement reconnu, le juge L'Heureux-Dubé exprime l'avis suivant (à la p. 25):

Un homme honnête et bon citoyen, comme l'appelant a démontré l'être, n'en fait pas pour autant et pour ce seul motif un père apte à avoir la garde de ses enfants. Ce n'est pas tant la conduite générale d'un parent qui s'avère ici le critère, mais plutôt cette conduite en relation avec ses enfants au regard des besoins de ceux-ci et de leur bien-être général. Au delà des considérations matérielles, certes importantes, combien plus essentielles sont les considérations d'ordre moral, émotif et psychologique, le lien affectif en particulier. C'est ce que le premier juge a ici considéré, et ce faisant, il n'a pas commis d'erreur de principe.

À l'instar du juge de première instance, le juge L'Heureux-Dubé rejette l'argument voulant que l'oncle et la tante aient exercé une influence néfaste sur les enfants. Elle considère que la Cour supérieure a statué à bon droit sur la garde «physique» des enfants et elle aurait été disposée à accorder la garde «légale» aux appelants si tant est que l'on doive parler de cette notion.

III. Les questions en litige

Les appelants nous demandent de rétablir le jugement de première instance, mais d'en modifier le dispositif pour leur accorder la garde tant «légale» que «physique» de H... et X..., puisque les relations entre l'intimé et ses deux enfants n'ont connu aucun progrès depuis le jugement de première instance et qu'il n'y a presque plus d'espoir de réconciliation avant que les enfants atteignent leur majorité. À l'audience, le procureur des appelants a concédé que l'attribution de la garde à un tiers équivaut à une déclaration de déchéance partielle et qu'il est par conséquent nécessaire de prouver l'existence d'un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. pour confier la garde à une personne autre que le titulaire de l'autorité parentale. Cette concession sur une question de droit ne