

**Irene Helen Young** *Appellant*

v.

**James Kam Chen Young** *Respondent*

and

**W. Glen How** *Respondent*

and

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

and

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

**INDEXED AS:** YOUNG v. YOUNG

File No.: 22227.

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

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

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

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

**Irene Helen Young** *Appelante*

c.

**James Kam Chen Young** *Intimé*

et

**W. Glen How** *Intimé*

et

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

et

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

**RÉPERTORIÉ:** YOUNG c. YOUNG

f Nº du greffe: 22227.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The issues should be decided as follows:

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

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

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

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

#### Best Interest of the Child, *Charter* Considerations and Access

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

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

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

Les questions sont tranchées de la façon suivante:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qui vise à faciliter

*c* l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant.  
*d* Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Toutefois, lorsque des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, le juge doit toujours tracer la ligne dans le meilleur intérêt de l'enfant et dans la perspective de l'enfant.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

clusive one, that expressive conduct is constitutionally unprotected.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Financial Considerations and Costs

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

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

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

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

#### Questions financières et dépens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

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

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

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

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

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

## Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

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

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

By McLachlin J.

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

*Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Tocco c. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621; *Delvenne c. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21; *Irmert c. Irmert* (1984), 64 A.R. 342; *Harvey c. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134; *McQuillan c. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324; *Struncova c. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298; *Sullivan c. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293; *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Zummo c. Zummo*, 574 A.2d 1130 (1990); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696.

*h*

Citée par le juge McLachlin

*i*

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

*j*

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

By Sopinka J.

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

### Statutes and Regulations Cited

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

### Authors Cited

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

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

Citée par le juge Sopinka

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

### Lois et règlements cités

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

### Doctrine citée

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

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

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

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

- Weiss, Martin, and Robert Abramoff. "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.
- Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.
- Zarowny, Steven M. "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160.
- a Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.
- Weisman, Norris. «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35.
- Weiss, Martin, and Robert Abramoff. «The Enforceability of Religious Upbringing Agreements» (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.
- b Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.
- Zarowny, Steven M. «The Religious Upbringing of Children After Divorce» (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160.

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

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

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

Gordon Turriff, for the respondent W. Glen How.

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

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

Michel Y. Hélie, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The following are the reasons delivered by

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

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

*Gerald D. Chipeur et Karnick Doukmetzian*,<sup>a</sup> pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

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

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

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

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

Les motifs suivants ont été rendus par

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

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

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

### Facts and Judgments

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

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

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

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

### Les faits et les jugements

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### [TRADUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### [TRADUCTION]

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

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

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

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

- b) il est interdit à l'intimé d'empêcher l'une ou l'autre des trois enfants à charge de recevoir une transfusion sanguine en cas de besoin;
- c) l'intimé devra s'abstenir de toute remarque désobligeante à l'égard des croyances religieuses de la requérante . . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Relevant Statutory Provisions

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

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

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

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

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

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

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

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

### b Les dispositions législatives pertinentes

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

**d 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.

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

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

g (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.

i (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.

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

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

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

17. . . .

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

### Custody

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

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

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

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

17. . . .

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

### La garde

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*c* 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

voit à son intérêt. En effet, les tribunaux ont reconnu que les liens entre parents et enfants n’avaient rien de magique, et ils attribueront la garde à un tiers si l’intérêt de l’enfant le justifie.

*a* Comme le dit le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l’Ontario) dans l’arrêt *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921, à la p. 928:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a

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

b

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

c

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

d

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

e

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Access

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

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

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

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

### L'accès

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

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

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

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

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

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

at p. 98:

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

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

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

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

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

à la page 98:

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

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

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

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

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

at p. 103:

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

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

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

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

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

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

i à la page 103:

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

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

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

at pp. 104-5:

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

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

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

at p. 105:

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

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

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

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

aux pages 104 et 105:

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

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

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

à la page 105:

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

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

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

at pp. 107-8:

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

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

at p. 108:

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

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

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

aux pages 107 et 108:

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

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

à la page 108:

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

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

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

and, finally, at p. 109:

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

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

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

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

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

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

et, enfin, à la p. 109:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c

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

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

j

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Best Interests of the Child

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

#### *1. Content of the Rule*

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

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

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

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

### L'intérêt de l'enfant

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

#### *1. Le contenu de la règle*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ily breakdown even if they were not "equally" involved before, has been elevated to arguably too high a level in recent years. The form which this trend often takes — retaining an active and full role for both father and mother in making decisions concerning the child (joint legal custody) — potentially inhibits the autonomy and exercise of discretion by the parent with physical care of the child.

However, as she points out, one of the principal rationales for endorsing this presumption is not to supplant the best interests of the child as the ultimate objective but to ensure that those interests are protected. The presumption explicitly restores the values of commitment and demonstrated ability to nurture as well as continued psychological parenting to the child, factors which may be overshadowed by other considerations in custody disputes. The primary caregiver presumption thus recognizes the obligations and supports the authority of the parent engaged in day-to-day tasks of child-rearing.

In assessing all the relevant considerations, courts must be careful that the ideals of parental sharing and equality do not overcome the lived reality of custody and access arrangements and that the child's needs and concerns are accommodated and not obscured by abstract claims of parental rights. This is not to say that the parent's interests may not coincide with the child's interests or that a court may never validly take a parent's interests into consideration. However, to further the best interests of the child, a recognition of the close relationship between the needs of the child and the needs of the remaining family unit of which he or she is a part is essential. As Abella J.A. held in *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437, for the majority, at p. 459:

[The best interests of the child] by no means excludes the parental perspective. The needs of children and their parents are obviously inextricable, particularly between children and the parent on whom they depend for their day-to-day care, where only one parent has this primary responsibility. The structure of an environment that fits

être trop insisté, ces dernières années, sur l'importance d'assurer une contribution «égale» du père dans la vie des enfants après la dislocation de la famille, même si cette contribution n'était pas «égale» auparavant. La forme sous laquelle se traduit souvent cette tendance — savoir le souci de conserver au père et à la mère un rôle pleinement actif dans les décisions concernant l'enfant (garde légale partagée) — risque potentiellement de saper l'autonomie et la marge discrétionnaire du parent qui a la garde physique de l'enfant.

Cependant, comme elle le souligne, l'une des principales raisons justifiant l'adoption de cette présomption n'est pas de supplanter l'intérêt de l'enfant en tant qu'objectif ultime, mais de veiller à ce que cet intérêt soit protégé. La présomption rétablit explicitement les valeurs d'engagements et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant, ainsi que du maintien du lien psychologique avec lui, facteurs que d'autres considérations peuvent reléguer dans l'ombre lorsque la garde est en litige. La présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins reconnaît ainsi les obligations et appuie l'autorité du parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant.

Dans l'appréciation qu'ils font de l'ensemble des éléments pertinents, les tribunaux doivent veiller à ce que l'idéal de partage et d'égalité des parents ne masque pas la réalité concrète des arrangements relatifs à la garde et à l'accès, et à ce qu'il soit tenu compte des besoins et des préoccupations de l'enfant et que ceux-ci ne soient pas obscurcis par la revendication, dans l'abstrait, de droits parentaux. Cela ne signifie pas que l'intérêt d'un parent ne peut pas coïncider avec celui de l'enfant ou qu'un tribunal ne pourra jamais le prendre validement en considération. Cependant, il est essentiel, dans l'intérêt de l'enfant, de reconnaître les liens étroits qui existent entre ses besoins et ceux du reste de la cellule familiale dont il fait partie. Voici ce qu'en dit le juge Abella dans *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437, au nom de la majorité, à la p. 459:

[TRADUCTION] [L'intérêt de l'enfant] n'exclut d'aucune façon la prise en compte du point de vue parental. De toute évidence, les besoins des enfants et de leurs parents sont inextricablement liés, particulièrement entre les enfants et le parent dont ils dépendent pour les soins quotidiens, lorsqu'un seul des parents assume cette res-

the child's interests would undoubtedly be reinforced if the economic and emotional needs, especially of custodial parents, were factored in, given the symbiosis of their sense of well-being.

Moreover, as Weisman, *supra*, concludes 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.

In the final analysis, when considering the best interests of the child, it may be a virtue rather than a sin for the judge to be pragmatic and take into consideration both the strengths and shortcomings of the parties and the limits of human nature. To do so is only to recognize that, in some circumstances, the perfect may be the enemy of the good. Courts must always be mindful that not only the benefit but also the real cost and burden of all custody and access arrangements ultimately falls on the children themselves.

## 2. *Constitutionality of the Best Interests Test*

It would seem to be self-evident that the best interests test is value neutral, and cannot be seen on its face to violate any right protected by the *Charter*. Indeed, as an objective, the legislative focus on the best interests of the child is completely consonant with the articulated values and underlying concerns of the *Charter*, as it aims to protect a vulnerable segment of society by ensuring that the interests and needs of the child take precedence over any competing considerations in custody and access decisions.

Nonetheless, in his claim that the access order infringes his freedom of religion under the *Charter*, the respondent challenges the constitutionality of the best interests test on a number of grounds. First, he alleges that the discretion conferred on judges under the best interests test violates the

ponsabilité première. Étant donné la symbiose de leurs sentiments de bien-être, l'environnement favorable à l'enfant verrait sa structure indubitablement renforcée si les besoins économiques et affectifs, en particulier ceux des parents gardiens, entraient en considération.

De plus, ainsi que conclut Weisman, *op. cit.*, à la p. 36:

**[TRADUCTION]** . . . les questions relatives au droit d'accès présentent souvent les problèmes les plus épiqueux de tout le droit de la famille. Dans certains cas, il est impossible d'assurer l'équité et le caractère exécutoire des décisions, et le mieux qu'on puisse espérer est la solution la moins préjudiciable possible pour l'enfant.

En dernière analyse, lorsqu'il prend en considération le meilleur intérêt de l'enfant, c'est à bon plutôt qu'à mauvais escient que le juge fera montre de pragmatisme et appréciera les forces et les faiblesses respectives des parties ainsi que les limites de la nature humaine. Agir ainsi équivaut simplement à reconnaître que le mieux est parfois l'ennemi du bien. Les tribunaux doivent toujours être conscients que ce sont les enfants eux-mêmes qui, en dernier ressort, non seulement bénéficient des arrangements concernant la garde et l'accès mais en portent aussi le fardeau réel.

## f 2. *La constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant*

Il semble évident que le critère du meilleur intérêt de l'enfant a une valeur neutre et qu'il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. De fait, en tant qu'objectif, l'accent mis dans la loi sur le meilleur intérêt de l'enfant correspond tout à fait aux valeurs explicites et aux préoccupations implicites de la *Charte*, puisqu'il vise à protéger un segment vulnérable de la société en veillant à ce que l'intérêt et les besoins de l'enfant l'emportent, en matière de garde et d'accès, sur toute autre considération concurrente.

Néanmoins, dans sa prétention que l'ordonnance d'accès porte atteinte à la liberté de religion que lui garantit la *Charte*, l'intimé attaque la constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant en faisant valoir un certain nombre de moyens. En premier lieu, il allègue que le pouvoir discrétionnaire ainsi

*Charter*. Second, he claims that the test is so vague that it cannot be said to be "prescribed by law" and, accordingly, any violation of his freedom of religion, cannot be justified by the test under s. 1 of the *Charter*. Leaving aside for the moment the alleged infringement of freedom of religion of the respondent and his children under the *Charter*, in my opinion, both of these contentions must fail.

As I observed in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, this Court has previously found that the mere existence of broad judicial discretion in a legislative provision is not in itself sufficient to attract the application of the *Charter*, nor can the presence or scope of such discretion alone give rise to an inference that *Charter* rights are thereby infringed. One such instance was the decision in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, where the issue arose in the context of a challenge to the wide discretion of the police to fingerprint suspects. In that case, La Forest J., writing for the Court, stated at p. 410:

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice.

Indeed, this Court recently held in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, that the presence of the residual discretion of a judge may itself be a constitutional requirement in some instances, in order that there be a means of balancing the competing rights and interests of the individual and the state.

In *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, Gonthier J., dissenting, observed at p. 754 that:

... the identification of a measure of discretion conferred by means of a legislative provision cannot alone provide the basis for a constitutional evaluation of that provision. Nor can the identification of possible parameters of that discretion, for a discretion which is referred to as being fettered can be one which is limited not only by appropriate constraints but also by those which are inappropriate or unsuitable. The more important issue which remains, therefore, is what kind of discretion is

conférée aux juges viole la *Charte*. En second lieu, il soutient que le critère est à ce point vague qu'il ne peut constituer «une règle de droit» et que, en conséquence, toute violation de sa liberté de religion ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En excluant pour le moment l'atteinte alléguée à la liberté de religion dont l'intimé et ses enfants jouissent en vertu de la *Charte*, ces deux préférences doivent, à mon avis, être rejetées.

Comme je l'ai noté dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, notre Cour a, dans des arrêts antérieurs, conclu que le simple fait qu'une disposition législative confère un large pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à donner ouverture à l'application de la *Charte*, pas plus qu'on ne peut déduire de l'existence ou de la portée de ce pouvoir discrétionnaire qu'il y a, par là même, violation de droits garantis par la *Charte*. L'un de ces arrêts est l'affaire *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, où était en cause le large pouvoir discrétionnaire des policiers de prendre les empreintes digitales des suspects. Le juge La Forest y dit, au nom de la Cour, à la p. 410:

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale.

De fait, notre Cour a conclu récemment dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, que la présence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel peut, dans certains cas, être une exigence constitutionnelle, afin qu'il y ait un moyen par lequel le juge puisse apprécier les droits et les intérêts contradictoires du particulier et de l'État.

Dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, le juge Gonthier, dissident, fait observer, à la p. 754:

... le seul fait qu'il existe un pouvoir discrétionnaire conféré par une disposition législative ne peut en soi servir de base à une évaluation constitutionnelle de cette disposition. L'existence de paramètres possibles de ce pouvoir discrétionnaire ne le peut pas non plus, car un pouvoir discrétionnaire dont on dit qu'il est entravé peut être un pouvoir limité non seulement par des contraintes appropriées mais également par celles qui ne le sont pas ou qui sont inadéquates. La question la plus importante

conferred, and the capacity of the words of the legislative provision to support the type of reasoning which the matter under adjudication requires. [Emphasis added.]

qui demeure est donc de connaître la nature du pouvoir discréptionnaire qui est conféré et la mesure dans laquelle le libellé de la disposition législative peut étayer le raisonnement qu'exige la question à trancher. [Je souligne.]

a

Thus, discretion cannot be considered in the absence of an examination of the legislative objectives, and the important question is whether the presence of such discretion can be rationally tied to those objectives. For the reasons which I shall delineate hereinafter when considering the vagueness of the best interests test, it is clear that broad judicial discretion is crucial to the proper implementation of the legislative objective of securing the best interests of the child.

This Court has had occasion to consider the concept of vagueness of legislative provisions in the context of the *Charter* on a number of occasions in recent years (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606). While these cases all dealt with vagueness in the criminal context, a number of principles may be derived from this jurisprudence which are useful in the present context. The underlying concern is that a legislative provision be capable of providing a framework or guide within which judicial decisions can be made. The threshold for constitutional violation due to vagueness in legislative provisions is relatively high, and it is not necessary that such provisions carry a precise technical meaning or provide certainty as to the result (*R. v. Butler*, *supra*; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, and *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*). Rather, the standard requires that the provisions permit the framing of an intelligible legal debate with respect to the objectives contained in the legislation.

Ainsi, on ne peut analyser un pouvoir discréptionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et la question importante est de savoir si la présence d'un tel pouvoir se rattache rationnellement à ces objectifs. Pour les motifs que j'exposerai ci-après lorsque j'aborderai la question de l'imprécision du critère de l'intérêt, il est manifeste que l'existence d'un large pouvoir discréptionnaire des juges est essentielle à la mise en œuvre adéquate de l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant.

Notre Cour a examiné à plusieurs reprises ces dernières années la notion d'imprécision des dispositions législatives dans le contexte de la *Charte* (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606). Bien que tous ces arrêts traitent de l'imprécision en matière criminelle, un certain nombre de principes qui y sont énoncés peuvent s'avérer utiles dans le présent contexte. La considération sous-jacente est que la disposition législative doit pouvoir fournir un cadre ou constituer un guide pour la prise de décisions judiciaires. Le seuil au-delà duquel il y a inconstitutionnalité pour imprécision d'une disposition législative est relativement élevé, et il n'est pas nécessaire qu'il se dégage de cette disposition un sens technique précis ou une certitude quant au résultat (*R. c. Butler*; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)* et *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précités). La norme exige plutôt que les dispositions permettent la tenue d'un débat judiciaire intelligent eu égard aux objectifs visés par la loi.

i  
j

The doctrine of vagueness was defined most recently by Gonthier J. for this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 643 as follows:

... a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.

The question which arises, then, under the vagueness requirements of constitutional validity, is whether the best interests test is so uncertain as to be incapable of guiding a consideration of the factors relevant to custody and access determinations. In my opinion, it is not.

A similar question arose concerning the concept of the "public interest" in the recent decision of this Court in *R. v. Morales, supra*, where Gonthier J., while dissenting on this issue, set out a framework for considering the constitutional validity of broad legislative concepts which are nonetheless designed to encompass a specific set of concerns and interests. He described "public interest" in the following manner at p. 751:

... a notion which has traditionally been recognized as affording a means of referring to the special set of considerations which are relevant to those legal determinations concerned with the relationship of the represented private interest or interests and the broader interest of the public.

The same type of characterization is appropriate to the best interests test. The "best interests of the child" can be regarded as the term employed to refer to the spectrum of considerations encompassed by the needs of the child, as distinct from those of any other party, in the determination of custody and access disputes. The fact that it must be applied to the facts of each case does not militate in favour of its unconstitutionality. Rather, this feature is part and parcel of what makes decisions in the best interests of the child possible at all.

As its widespread adoption and application suggest, the best interests of the child standard cannot

Le juge Gonthier a défini récemment, au nom de notre Cour, ce qu'il faut entendre par la théorie de l'imprécision dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 643:

... une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

La question qui se pose, alors, au regard des exigences de la constitutionnalité de l'imprécision, est de savoir si le critère de l'intérêt de l'enfant est à ce point incertain qu'il ne donne aucune indication susceptible d'éclairer l'examen des facteurs pertinents aux fins de la prise d'une décision en matière de garde et d'accès. À mon avis, ce n'est pas le cas.

Une question semblable s'est posée à propos de la notion d'«intérêt public» dans l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Morales*, précité, où le juge Gonthier, bien que dissident sur cette question, a établi un cadre d'analyse de la constitutionnalité de notions législatives larges qui visent néanmoins un ensemble particulier de préoccupations et d'intérêts. Il a décrit ainsi l'«intérêt public», à la p. 751:

... une notion qui traditionnellement a été reconnue comme offrant le moyen de désigner les considérations particulières pertinentes aux décisions judiciaires concernant les rapports entre l'intérêt ou les intérêts privés en cause et l'intérêt plus général du public.

Le même type de définition est applicable au critère de l'intérêt de l'enfant. L'expression «intérêt de l'enfant» peut, en effet, être conçue comme renvoyant à l'ensemble des considérations qu'englobent les besoins de l'enfant, par opposition à ceux des autres parties, dans le règlement des litiges en matière de garde et d'accès. La nécessité d'appliquer le critère aux faits particuliers de chaque espèce ne constitue pas un argument en faveur de son constitutionnalité. C'est plutôt l'un des éléments qui rend possible la prise même de décisions dans l'intérêt de l'enfant.

Ainsi qu'en témoigne l'étendue de son adoption et de son application, le critère de l'intérêt de l'en-

be regarded as unconstitutionally vague. On the contrary, the best interests test is universally recognized as the foundation of modern family law around the world and is legislatively entrenched in both common law and civil jurisdictions in the United States, Australia and Europe. Moreover, the need to make the best interests of the child the primary consideration in all actions concerning children, including legal proceedings, is specifically recognized in international human rights documents such as the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1). In my view, this amply demonstrates both the enduring value of the best interests test as a legal norm capable of meaningful application and the broad recognition of the interests of children in the field of human rights.

It is important to recall that the vagueness of a legislative provision cannot be examined in the abstract but must be considered within the context of the particular legislative objectives in question, bearing in mind that some objectives will require a panoply of judicial remedies for their meaningful fulfilment. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler, supra*, at p. 107, “[f]lexibility and vagueness are not synonymous”. Nor should the vagueness of a provision be considered solely with reference to the words of the statute. The Ontario Court of Appeal held in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173:

It has been recognized that the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions.

See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra*, at p. 1157.

This Court held recently in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 627 that, among the factors with which courts should be concerned when the vagueness of a law is at issue are:

fant ne peut être considéré comme étant inconstitutionnellement imprécis. Au contraire, il est universellement reconnu comme le fondement du droit familial moderne et il jouit d'une consécration législative dans les juridictions tant de common law que de droit civil aux États-Unis, en Australie et en Europe. De plus, la nécessité de faire de l'intérêt de l'enfant la considération primordiale dans toute action concernant des enfants, y compris les procédures judiciaires, est expressément reconnue dans les documents internationaux relatifs aux droits de la personne, telle la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1). À mon avis, cela démontre amplement la valeur indéniable du critère de l'intérêt de l'enfant en tant que norme juridique pertinente et la large reconnaissance que l'intérêt des enfants jouit, en tant que droit de la personne, d'une valeur digne de protection en soi.

Il importe de rappeler que l'imprécision d'une disposition législative ne peut s'apprécier dans l'abstrait, mais bien au regard des objectifs législatifs particuliers en cause, en tenant compte que, pour atteindre certains de ces objectifs, il faudra recourir à une panoplie de remèdes judiciaires. Comme l'a fait observer le juge Beetz dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 107, «[s]ouplesse n'est pas synonyme d'imprécision». L'imprécision ne s'apprécie pas davantage uniquement en fonction du texte de la loi. Dans l'arrêt *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu en ces termes, à la p. 173:

[TRADUCTION] Il a été reconnu que la théorie de la nullité pour imprécision ne s'applique pas aux seuls termes de la disposition législative mais, plutôt, à la disposition telle qu'elle a été interprétée et appliquée dans les décisions judiciaires.

Voir également *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1157.

Notre Cour a établi récemment dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 627, qu'au nombre des facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération lorsqu'est soulevée la question de l'imprécision d'une règle de droit, figurent les suivants:

... (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist. . . .

Child custody and access decisions engage all of these considerations, as the best interests of the child remain, in the words of Abella J.A., "as fluid as each child's circumstances" (*M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)*, *supra*, at p. 459). As I have discussed earlier in these reasons, when fashioning custody and access orders, courts are concerned with the design of future living arrangements which may be affected by a multitude of different factors. In establishing this *modus vivendi*, courts must consider not only the circumstances which might ideally be in the best interests of the child, but must also weigh the capacity of the parties to fulfil and endure the conditions which are set for custody and access. Thus, family law statutes, and child custody provisions in particular, probably best exemplify the type of legislation in which broad judicial discretion is necessary to fulfil the legislative purpose effectively.

Furthermore, the best interests test has been judicially applied for decades, and the case law provides a large body of jurisprudence to which courts may resort when considering factors relevant to the best interests test.

In my opinion, the prophetic caution of Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, is particularly apposite in the circumstances of this case:

One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself.

It should not be assumed that a grant of discretion is an invitation to exercise personal prejudice,

... a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister . . .

Les décisions rendues en matière de garde et d'accès englobent l'ensemble de ces facteurs, la notion d'intérêt de l'enfant demeurant, selon les termes du juge Abella, [TRADUCTION] «aussi fluide que la situation particulière de chaque enfant» (*M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*, précité, à la p. 459). Comme je l'ai dit précédemment, les tribunaux qui rendent des ordonnances de garde et d'accès sont appelés à mettre au point des arrangements sur lesquels pourront influer, dans l'avenir, une multitude de facteurs. En établissant ce *modus vivendi*, les tribunaux doivent non seulement envisager les circonstances qui, idéalement, seraient dans l'intérêt de l'enfant, mais également apprécier l'aptitude des parties à se conformer aux conditions prescrites et à les tolérer. Ainsi, les lois en matière familiale et, en particulier, les dispositions relatives à la garde des enfants, constituent probablement le meilleur exemple du type de texte législatif dans lequel l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire est nécessaire à l'atteinte efficace de l'objectif visé.

De plus, le critère de l'intérêt de l'enfant est appliqué depuis des décennies et les tribunaux disposent d'une abondante jurisprudence à laquelle ils peuvent recourir lorsqu'ils examinent les facteurs pertinents à cet égard.

À mon avis, la mise en garde prophétique du juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, convient tout particulièrement dans les circonstances de l'espèce:

Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet.

On ne devrait pas présumer que l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire est une invitation à donner

as it is well established in the jurisprudence that discretion in every instance must be exercised judicially and in conformity with the objectives and standards of the legislation. The application of the best interests test, if done in an individual case according to irrelevant or improper criteria, remains subject to the normal process of review on appeal.

cours à ses préjugés personnels, car il est bien établi en jurisprudence que, dans tous les cas, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement et en conformité avec les objectifs et les normes fixés dans la loi. Si, dans une espèce donnée, l'application du critère de l'intérêt de l'enfant se fait en fonction de normes non pertinentes ou inadéquates, elle demeure assujettie au processus normal de contrôle par voie d'appel.

b

Having analyzed the content of the best interests of the child standard prescribed in the Act in matters of custody and access and determined its constitutionality, what burden of proof must the custodial parent meet to obtain an order restricting access?

c

### 3. Evidence

d One might have thought that the clear and unequivocal language of the Act makes the best interests of the child the only consideration in matters of custody and access, and that the only evidence required for an order limiting access would be evidence indicating that the exercise of access in a particular manner is in the best interests of the child. This is the test which was applied in this case by all of the judges, including those at the Court of Appeal, who were seized of the matter at the interim stage, as well as the trial judge. The Court of Appeal, however, relying in particular on the decision of the Ontario Supreme Court in *Hockey v. Hockey, supra*, would elevate the test to one of harm which the custodial parent must show in order to restrict access to the children by the non-custodial parent. I say at the outset that, even under such a severe test, the appellant has established that restrictions are required. However, the question is whether harm is the test. My answer is a clear no for the reasons that follow.

d

e

f

g

h

i

j

k

l

m

n

o

p

q

r

s

t

u

v

w

x

y

z

aa

bb

cc

dd

ee

ff

gg

hh

ii

jj

kk

ll

mm

nn

oo

pp

qq

rr

ss

tt

uu

vv

ww

xx

yy

zz

aa

bb

cc

dd

ee

ff

gg

hh

ii

jj

kk

ll

mm

nn

oo

pp

qq

rr

ss

tt

uu

vv

ww

xx

yy

zz

aa

bb

cc

Une fois analysé le contenu du critère de l'intérêt de l'enfant dont la Loi prescrit l'application en matière de garde et d'accès, et une fois établie sa constitutionnalité, quelle est la charge de la preuve qui incombe au parent gardien qui veut obtenir une ordonnance restreignant le droit d'accès?

### 3. La preuve

On aurait pu penser que le langage clair et non équivoque de la Loi fait du meilleur intérêt de l'enfant le seul facteur à prendre en considération en matière de garde et d'accès, et que la seule preuve requise aux fins d'une ordonnance restreignant l'accès serait une preuve établissant que l'exercice de ce droit d'une façon particulière est dans l'intérêt de l'enfant. C'est le critère qu'ont appliqué en l'espèce tous les juges, y compris ceux de la Cour d'appel, qui ont été saisis de l'affaire au stade provisoire, et le juge de première instance. La Cour d'appel, toutefois, s'appuyant en particulier sur la décision de la Cour suprême de l'Ontario dans *Hockey c. Hockey*, précité, appliquerait un critère plus rigoureux, soit celui du préjudice caractérisé que le parent gardien doit établir en vue de restreindre le droit d'accès du parent non gardien auprès des enfants. D'emblée, je dis que, même au regard d'un critère aussi rigoureux, l'appelante a fait la preuve de la nécessité de restreindre l'accès. La question, toutefois, est de savoir si le préjudice caractérisé est bien le critère applicable. Ma réponse est nettement négative pour les motifs qui suivent.

Comme je l'ai souligné précédemment, la Cour d'appel a traité comme équivalents l'absence de préjudice caractérisé alléguée en l'espèce et l'intérêt de l'enfant. Aucune justification cependant, n'est proposée pour ainsi définir l'intérêt de l'en-

As I noted above, the Court of Appeal has equated the alleged absence of harm in this case with the best interests of the child. However, no rationale is proposed for so defining the best interests of the child. Moreover, nothing in the Act

mandates or even suggests that “real danger of significant harm to the child” be the sole consideration in matters of custody and access.

Subsection 16(8) of the Act directs that the best interests of the child are to be determined “by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child”. There is no mention of harm at all in this list of considerations, and nothing supports the inference that the best interests of the child not only can but also should be encompassed by the simple concept of absence of harm, thus making harm the controlling factor in custody and access decisions. On the contrary, the adoption of the harm test would require courts to ignore the very factors which are set out in the Act and which have guided the courts up until now in custody and access decisions. While it is self-evident that if the exercise of access by the non-custodial parent harms the child, access must be curtailed; even in the absence of harm the best interests of the child may also warrant such curtailment.

The harm test by which the Court of Appeal proposes to qualify the best interests test inverts the basic focus of the inquiry into custody and access. Under the best interests test, courts must consider how to best foster the child’s overall development and protect the child from conflict and the disruptive effects of divorce at a vulnerable point in his or her life. In contrast, the harm test essentially requires a court to determine how much conflict and stress a child should be required to endure in order that the parent’s wishes may prevail. Once the pendulum swings in that direction, it is difficult to control. If not this much stress, why not a little more? If one type of conflict, why not that? Moreover, it may be difficult if not impossible, even for an expert, to determine with any degree of accuracy whether the child has been harmed or will be harmed in the long run. However, the most serious deficiency of the harm test is the following. While the effects of custody and

fant. Qui plus est, il n’y a rien dans la Loi qui oblige ou même propose que la présence d’un «danger réel de préjudice important pour l’enfant» soit l’unique facteur à prendre en considération en matière de garde et d’accès.

Le paragraphe 16(8) de la Loi prescrit que l’intérêt de l’enfant doit être déterminé «en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation». Il n’est nulle part question de préjudice caractérisé dans cette énumération des facteurs à considérer, et rien ne permet de déduire que l’intérêt de l’enfant non seulement peut, mais devrait, être englobé dans la simple notion d’absence de préjudice caractérisé, de sorte que le préjudice serait le facteur déterminant des décisions touchant la garde et l’accès. Au contraire, l’adoption du critère du préjudice caractérisé exigerait que les tribunaux ne tiennent aucun compte des facteurs mêmes qui sont énumérés dans la Loi et qui, jusqu’à maintenant, ont guidé leurs décisions en la matière. Certes, il va de soi que si l’exercice du droit d’accès par le parent qui n’en a pas la garde est préjudiciable à l’enfant, ce droit doit alors être restreint, mais l’intérêt de l’enfant peut aussi, même en l’absence de préjudice caractérisé, justifier une telle restriction.

Le critère du préjudice caractérisé que propose la Cour d’appel pour qualifier le critère de l’intérêt de l’enfant déplace le foyer central de l’analyse en matière de garde et d’accès. En vertu du critère de l’intérêt, les tribunaux doivent déterminer la meilleure façon d’assurer le développement global de l’enfant et de le protéger des conflits et des effets perturbateurs du divorce à un moment critique de sa vie. En revanche, le critère du préjudice caractérisé exige essentiellement du tribunal qu’il détermine le niveau de conflit et de stress qu’un enfant devrait pouvoir supporter pour que prévalent les désirs du parent. Lorsque le balancier va dans cette direction, la situation devient difficile à contrôler. S’il n’y a pas beaucoup de stress, alors pourquoi pas un peu plus? S’il existe un certain type de conflit, alors pourquoi pas cet autre? Au surplus, il peut s’avérer difficile, sinon impossible, même pour un expert, de déterminer avec quelque précision si l’enfant a subi un préjudice ou s’il en subira

access decisions always remain uncertain to some degree, the harm test places any risk of miscalculation in the degree of stress or conflict occasioned by such decisions squarely on the back of the child, depriving the child of any presumption in his or her favour. Obviously this cannot be correct from the perspective of the interests of the child. To wait until harm has occurred to correct the situation is not only to waive the benefit of prevention, but also to increase the possibility of error. Instead of minimizing the risks, the harm test would maximize them.

A discussion of the research data on the long-term effects of divorce, as well as custody and access decisions, on children is helpful at this point to assess the consequences of adopting the harm standard as regards the welfare of children and the importance of adhering to the best interests of the child as the overarching goal in custody and access determinations. While this remains an area of social science that has yet to be comprehensively researched, studies of both the effects of divorce and the role of conflict in the subsequent family life indicate that children often suffer more extensively than is generally acknowledged on divorce, and that those who must endure continuing conflict after divorce stand at serious risk of harm down the road. The resounding message is that courts must pay more, not less, attention to the needs of children on divorce.

I acknowledge at the outset the limits in applying such research to the wider population, as the studies to date have tended to focus on groups within a particular social class or locale. Furthermore, the conclusions of some studies, for example those by J. S. Wallerstein and J. B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (1980), have been used to support a

un à long terme. Toutefois, la plus grave lacune du critère du préjudice caractérisé est la suivante: si les décisions relatives à la garde et à l'accès ont des effets qui, dans une certaine mesure, restent toujours incertains, le critère du préjudice caractérisé fait en sorte que le risque d'une mauvaise évaluation du degré de stress ou de conflit ainsi engendré retombe carrément sur les épaules de l'enfant, le privant de toute présomption en sa faveur. Manifestement, cela est inadmissible du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Attendre jusqu'à ce que le préjudice ait été causé pour corriger la situation n'est pas seulement renoncer au bénéfice de la prévention, mais également accroître la possibilité d'erreur. Au lieu de réduire les risques au minimum, le critère du préjudice caractérisé les maximiserait.

Il est utile, à ce stade, d'examiner les données de la recherche quant aux effets que le divorce et les décisions en matière de garde et d'accès ont à long terme sur les enfants, afin d'évaluer les conséquences que pourrait entraîner l'adoption du critère du préjudice caractérisé eu égard au bien-être de l'enfant, et l'importance de conserver le critère du meilleur intérêt de l'enfant comme objectif global devant guider les décisions en la matière. Bien que ce domaine des sciences sociales reste encore relativement inexploré, les études effectuées sur les effets du divorce et le rôle des conflits dans la vie familiale ultérieure indiquent que les enfants souffrent souvent plus profondément du divorce qu'on ne le reconnaît généralement, et que ceux qui ont à vivre des conflits incessants après le divorce risquent de subir un grave préjudice à un moment donné. Le message est clair: c'est une attention plus grande, et non moindre, que les tribunaux doivent accorder aux besoins des enfants lors d'un divorce.

Je reconnais d'emblée qu'élargir à l'ensemble de la population les résultats de recherches surtout concentrées sur des groupes au sein d'une certaine classe sociale ou d'un lieu particulier comporte des limites. De plus, les conclusions de certaines études, par exemple celles de J. S. Wallerstein et J. B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (1980), ont servi à

number of different propositions concerning the best interests of the child on divorce. (See Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *supra*, at p. 118.) In addition, notions concerning the optimum child-rearing conditions on the breakdown of the marriage are subject to a degree of difference and controversy between professionals working in the field. This is illustrated, for example, in the contrasting conclusions reached by Goldstein, Freud and Solnit, *supra*, and those of Wallerstein and Kelly, *supra*.

Nonetheless, a number of conclusions about the effects of divorce on children emerge with remarkable consistency in all of the major studies and psychological literature on children after divorce. One of the most important of these is the role of conflict in the welfare of the child. Along with the quality of the relationship with the custodial parent and the ability to maintain contact with the non-custodial parent, there is substantial evidence that continuing conflict is the most important factor affecting the ability of children to readjust to the new family situation after divorce (Weisman, *supra*, at pp. 47-48). It appears that, above and beyond the disruption caused by divorce or separation itself, it is the discord and disharmony within the family which are most damaging to children in the aftermath of divorce.

Two of the major studies on divorce and the effects of conflict on the emotional and psychological well-being of children forcefully make the point that the ability to reduce conflict is crucial to the welfare of children. The study of Wallerstein and Kelly, *supra*, although limited to white middle class families in California without previous clinical histories who volunteered to participate in the study, is the most comprehensive long-term study on the effects of divorce on children. A ten-year follow up of the same subjects is reported in J. S. Wallerstein and S. Blakeslee, *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce* (1989). Among the most significant findings of these two reports is that separation or

étayer plusieurs arguments différents concernant l'intérêt de l'enfant lors du divorce. (Voir Fine-man, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *op. cit.*, à la p. 118.) En outre, les notions entourant les conditions optimales d'éducation des enfants lors de l'échec du mariage font l'objet d'une certaine controverse parmi les professionnels qui travaillent sur le terrain. On n'a qu'à consulter, à titre d'exemple, les conclusions opposées auxquelles sont parvenues Goldstein, Freud et Solnit, *op. cit.*, et Wallerstein et Kelly, *op. cit.*

Il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de conclusions quant aux effets du divorce sur les enfants ressortent avec une remarquable constance de toutes les grandes études et recherches psychologiques sur le sujet. L'une des plus importantes conclusions est le rôle que joue le conflit par rapport au bien-être de l'enfant. Outre la qualité des liens avec le parent gardien et la capacité de maintenir un contact avec l'autre parent, de nombreuses preuves établissent que la présence continue d'un conflit est le plus important facteur influant sur l'aptitude de l'enfant à s'ajuster à la nouvelle situation familiale résultant du divorce (Weisman, *loc. cit.*, aux pp. 47 et 48). Il appert en effet qu'au-delà de la perturbation que cause en soi le divorce ou la séparation, ce sont la discorde et le manque d'harmonie au sein de la famille qui sont les plus dommageables pour les enfants dans le sillage d'un divorce.

Deux des études majeures menées sur le divorce et les effets des conflits sur le bien-être affectif et psychologique des enfants insistent sur l'importance cruciale de la capacité de réduire les conflits. L'ouvrage de Wallerstein et Kelly, *op. cit.*, constitue l'étude de longue durée la plus complète jamais réalisée sur les effets du divorce sur les enfants, bien que son objet soit limité à des familles blanches de classe moyenne en Californie, sans antécédents cliniques et s'étant portées volontaires. J. S. Wallerstein et S. Blakeslee ont fait un suivi des mêmes sujets d'étude, dix ans après, dans *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce* (1989). Une des conclusions les plus significatives de ces deux rapports est la

divorce cannot be regarded as a discrete event to be dealt with once and for all, but is most often the beginning in a continuum of disruptive events in the life of the child. The stress resulting from changing family structures and reduced financial support following divorce in many cases continues to be experienced by children long after the divorce is final. While many children do adjust in such situations, the notion that children automatically can and do "get used to" new family situations in a relatively short period of time is not borne out by the results of the study. By all such indicators as success at educational endeavours and the later ability to establish stable personal and professional lives, children of divorce appear in general to be subject to more stresses than their counterparts in intact families. While the authors found considerable evidence that divorce was beneficial to the parents, there was no comparable evidence regarding children. The majority of such children neither experienced relief at the time of the divorce nor felt it had resulted in an improvement in their lives five years later. Moreover, Wallerstein and Blakeslee reported in the later study that problems and conflicts in some children resulting from divorce did not manifest themselves until much later, particularly in the case of girls who in the earlier study had generally appeared to cope better with divorce than boys. Rather, it appears that the long-term effects of divorce cannot always be predicted from the reactions of children at the outset. (See Wallerstein and Blakeslee, *supra*, at p. 15.)

constatation que la séparation ou le divorce n'est pas un événement isolé auquel il faut faire face une fois pour toute, mais qu'il constitue le plus souvent le point de départ d'une série d'événements perturbateurs dans la vie de l'enfant. Longtemps après que le divorce soit devenu irrévocable, les enfants continuent dans de nombreux cas à subir le stress résultant du changement des structures familiales et de la réduction du support financier qui s'ensuivent. Beaucoup d'enfants, il est vrai, s'ajustent à ces situations, mais l'idée que les enfants peuvent «s'habituer», et s'habituent effectivement, à une situation familiale nouvelle dans un laps de temps relativement court n'est pas confirmée par les résultats de l'étude. Selon tous les indicateurs tels le succès dans les entreprises scolaires et l'aptitude ultérieure à mener une vie personnelle et professionnelle stable, les enfants du divorce paraissent en général plus sensibles au stress que les enfants de familles intactes. Si les auteurs ont trouvé de nombreux éléments prouvant que le divorce a été bénéfique pour les parents, ils n'ont rien découvert de tel pour les enfants. La majorité d'entre eux n'ont pas éprouvé de soulagement au moment du divorce, pas plus qu'ils n'ont constaté d'amélioration dans leur vie cinq ans après. De plus, Wallerstein et Blakeslee signalent dans leur dernière étude que, pour certains enfants, les problèmes et les conflits ne se sont manifestés que beaucoup plus tard, particulièrement dans le cas des filles qui, dans l'étude précédente, avaient paru mieux réagir au divorce que les garçons. Il appert plutôt qu'il est souvent difficile de se fonder sur les réactions initiales des enfants pour prédire les effets que le divorce aura sur eux à long terme. (Voir Wallerstein et Blakeslee, *op. cit.*, à la p. 15.)

At the five-year point, Wallerstein and Kelly concluded that, while no factor could in every case be associated with a good outcome, the extent to which conflict between the parents had been resolved was the single most important factor in the well-being of the child. Following interviews ten years after their initial contact with the subjects, Wallerstein and Blakeslee again identified prolonged hostility between the parents as the single most destructive outcome for the children on divorce. Children subject to fierce legal battles

Wallerstein et Kelly ont conclu que, après cinq ans, bien qu'aucun facteur ne puisse dans tous les cas être associé à un aboutissement heureux, la mesure dans laquelle le conflit entre les parents avait été résolu était le facteur unique le plus important eu égard au bien-être de l'enfant. À la suite d'entrevues menées dix ans après leur premier contact avec les sujets, Wallerstein et Blakeslee ont de nouveau constaté que l'hostilité prolongée entre les parents était, pour les enfants, le résultat le plus destructeur du divorce. Le groupe

between parents appear to be the most vulnerable group, and ongoing litigation is consistently identified as detrimental to the welfare of children (Wallerstein and Blakeslee, *supra*, at p. 196). Wallerstein and Kelly also determined, as have other researchers, that children generally fare best when they are able to maintain a continuing relationship with both parents. However, an equally important corollary to this conclusion is often ignored. That is, continued contact may only be in the best interests of the child where parents are not adversarial and where interaction between the child and the access parent is not beset by conflict. Where conflict cannot be resolved or minimized, the detriment of continued contact may outweigh the benefit, as forced cooperation between hostile parents may lead to further litigation and conflict, which itself extends and increases the difficulties faced by children. (See also Weitzman, *supra*, at pp. 253-54.)

These findings are largely corroborated in another U.S. study of the impact of divorce on children. E. M. Hetherington, M. Cox and R. Cox in "Effects of Divorce on Parents and Children" in M. E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development* (1982), in a study of white middle class pre-school children in the custody of their mothers, focused on the effects of conflict on children by comparing its effects in both divorced and intact families. The role of conflict in the welfare of children is highly visible in this study, as the authors determined that two years after divorce, children in low conflict divorced families actually fared better than those in high conflict intact families. Other studies which have come to similar conclusions about the role of conflict in the adjustment of the child after divorce include: E. S. Ellison, "Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment" (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73; R. E. Emery, "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce" (1982), 92 *Psych. Bull.* 310; M. Rutter, "Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage", in M. W. Kent and J. E. Rolf, eds., *Primary Prevention of*

le plus vulnérable paraît être les enfants faisant l'objet de batailles judiciaires acrimonieuses entre les parents, et les litiges incessants sont invariablement considérés comme préjudiciables au bien-être des enfants (Wallerstein et Blakeslee, *op. cit.*, à la p. 196). Wallerstein et Kelly ont également conclu, à l'instar d'autres chercheurs, que les enfants s'en tirent généralement mieux lorsqu'ils sont capables de maintenir une relation suivie avec leur père et leur mère. On oublie souvent, toutefois, un corollaire tout aussi important: un contact suivi ne peut être dans l'intérêt de l'enfant que lorsque les parents ne sont pas des adversaires et que l'interaction entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès n'est pas conflictuelle. Dans les cas où le conflit ne peut être résolu ou atténué, l'effet préjudiciable d'un contact suivi peut en annuler l'effet bénéfique, la coopération forcée entre des parents hostiles pouvant conduire à de nouveaux litiges et à de nouveaux conflits et, par là même, accroître les difficultés qu'affrontent les enfants. (Voir également Weitzman, *op. cit.*, aux pp. 253 et 254.)

Ces conclusions sont largement corroborées par une autre étude américaine portant sur les répercussions du divorce sur les enfants. Dans «Effects of Divorce on Parents and Children» tiré de M. E. Lamb, dir., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development* (1982), E. M. Hetherington, M. Cox et R. Cox ont mesuré les effets des conflits sur les enfants en comparant des familles divorcées et des familles intactes, les sujets étant des enfants blancs d'âge pré-scolaire issus de la classe moyenne et confiés à la garde de leur mère. Cette étude met en évidence le rôle du conflit eu égard au bien-être des enfants, les auteurs ayant constaté que deux ans après le divorce, les enfants issus de familles divorcées où le niveau de conflit est faible s'en sortent mieux que ceux qui évoluent dans des familles intactes où le niveau de conflit est élevé. D'autres études en sont arrivées à des conclusions similaires à propos du rôle que joue le conflit dans la manière dont l'enfant s'ajuste au divorce, notamment E. S. Ellison, «Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment» (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73; R. E. Emery, «Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce» (1982), 92 *Psych. Bull.* 310;

*Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III (1979); J. R. Johnston, M. Kline and J. M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access" (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576. For further discussion, see also Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?" *supra*; Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", *supra*; Weitzman, *supra*, at pp. 248, 254; LaFave, *supra*, at p. 489; J. F. Burrett, *Child Access and Modern Family Law* (1988); Weisman, *supra*.

Divorce» (1982), 92 *Psych. Bull.* 310; M. Rutter, «Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage» dans M. W. Kent et J. E. Rolf, dir., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III (1979); J. R. Johnston, M. Kline et J. M. Tschann, «Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access» (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576. Pour un plus ample examen, voir également Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*; Drakich, «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody», *loc. cit.*; Weitzman, *op. cit.*, aux pp. 248 et 254; LaFave, *loc. cit.*, à la p. 489; J. F. Burrett, *Child Access and Modern Family Law* (1988); Weisman, *loc. cit.*

Thus, while most research discloses that continued contact with both parents after divorce is normally in the best interests of the child, that finding cannot be separated from a consideration of the degree of conflict to which the child will be subject (Weisman, *supra*). Ironically, unrestricted access may, in some circumstances, cause the continuation of the very stresses from which the parties sought relief when they divorced, and the desire to maintain the pre-existing roles of each parent may in fact result in no ending at all. (See Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *supra*, at p. 164.)

Ainsi, bien que la plupart des recherches révèlent qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant qu'il y ait un contact suivi avec les deux parents après le divorce, cette conclusion ne peut être dissociée d'un examen du degré de conflit auquel l'enfant sera exposé (Weisman, *loc. cit.*). Paradoxalement, l'accès sans restrictions peut, dans certaines circonstances, être lui-même la cause du maintien du stress dont les parties voulaient se libérer en divorçant, et le désir de conserver les rôles préexistants de chacun des parents peut, dans les faits, conduire à une impasse. (Voir Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *op. cit.*, à la p. 164.)

Bearing in mind these concerns, in particular the fact that harm to a child may only become perceptible at a much later date, it is evident that the welfare of children is put at considerable risk if the prospect of harm becomes the sole prerequisite for restrictions on access. In my view, the proper approach to access was stated by Abella J.A. in *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)*, *supra*, at p. 461:

À la lumière de ces considérations, en particulier du fait que le préjudice causé à un enfant peut ne devenir perceptible que beaucoup plus tard, il est évident que le bien-être des enfants est gravement compromis si la perspective d'un préjudice caractérisé devient le seul prérequis pour limiter le droit d'accès. À mon avis, l'attitude qu'il convient d'adopter en la matière est celle qu'a exposée le juge Abella dans l'arrêt *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*, précité, à la p. 461:

It is not a question of what standard should be used to deprive a parent of access, it is a question of what standard should be used in deciding what form of access, if

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir quelle norme il convient d'utiliser pour priver un parent du droit d'accès, mais bien de savoir laquelle il convient

any, should be ordered. The answer is clear from the statute: the standard is the child's best interests.

The best interests of the child is not simply the right to be free of demonstrable harm. It is the positive right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. This could not be more clearly indicated than in the report on *Family Law, supra*, as the Law Reform Commission of Canada begins its recommendations on children and the dissolution of marriage with the following words at p. 63:

c 1. Children should have two fundamental rights when their parents' marriage ends:

(a) the right to social and psychological support by having the most suitable arrangements possible in the circumstances made for their custody, care and upbringing; and

(b) the right to economic support.

Without disregarding the disruption inherent in divorce, courts must do whatever is within their power to alleviate rather than disregard, minimize or normalize difficulties, and should beware of adopting a needlessly cavalier attitude where solutions can be seen to exist. The fact that many children experience stress and disruption upon the breakdown of the marriage, in my view, only increases the obligation of courts to focus their attention on the best interests of the child. The primary goal of the legal system on divorce must be to minimize the adverse effects on children. However, this requires a vision of the best interests of the child that is more than neutral to the conditions under which custody and access occur. The harm test clearly cannot meet this objective.

The Court of Appeal concedes that a court could be obliged to determine whether or not either the content of religious beliefs or conflict arising from exposure to conflicting beliefs is threatening "real harm" to the child. However, in the view of the majority, at p. 105, "it will be a rare case where

d'utiliser pour décider quelle forme d'accès, s'il y a lieu, devrait faire l'objet d'une ordonnance. La réponse de la loi est claire: la norme est celle de l'intérêt de l'enfant.

a L'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. La Commission de réforme du droit du Canada s'est exprimée on ne peut plus clairement en ce sens dans son rapport, *Le droit de la famille, op. cit.*, dont les recommandations sur les enfants et la dissolution du mariage débutent ainsi, à la p. 68:

b 1. Les enfants devraient avoir deux droits fondamentaux lorsque le mariage de leurs parents se termine:

c a) le droit au soutien social et psychologique, c'est-à-dire que les dispositions prises pour leur garde, leur entretien et leur éducation soient les meilleures possibles vu les circonstances; et

b) le droit au soutien économique.

e f Tout en reconnaissant les perturbations inhérentes au divorce, les tribunaux doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour alléger les difficultés au lieu de les ignorer, de les minimiser ou de les normaliser, et ils devraient se garder d'adopter une attitude inutilement cavalière lorsque pourraient exister des solutions. Le stress et les perturbations que de nombreux enfants subissent lors de la rupture du mariage ne font, à mon avis, qu'accroître l'obligation des tribunaux d'axer leur analyse sur l'intérêt de l'enfant. L'objectif primordial du système juridique régissant le divorce doit être d'en minimiser les effets négatifs sur les enfants. Il faut, cependant, pour y parvenir, une vision de l'intérêt de l'enfant qui aille au-delà de la neutralité devant les conditions dans lesquelles s'effectuent la garde et l'accès. De toute évidence, le critère du préjudice caractérisé ne permet pas d'atteindre cet objectif.

g h La Cour d'appel concède qu'un tribunal pourrait être obligé de déterminer si des croyances religieuses en soi, ou le conflit résultant du fait d'être exposé à des croyances opposées, présentent un danger de «préjudice réel» pour l'enfant. Toutefois, de l'avis de la majorité, à la p. 105, [TRADUC-

such an issue could legitimately arise". The Court of Appeal also concludes that restrictions on access should only be allowed where harm can be demonstrated by independent experts.

It is clear that the proposed test falls far short of protecting the best interests of the child, as it may well be impossible to demonstrate the high level of harm the test envisions in many cases even where there are real concerns for the welfare of the child. It is unrealistic to expect that the accumulated evidence of ill effects engendered by separation or divorce will be immediate or readily demonstrable to a court as, in the usual case, custody decisions are made shortly after separation. However this does not mean that such concerns should therefore be readily dismissed. Rather, judges must exercise their discretion in order to prevent harm to the child, rather than merely to identify or establish its presence after the damage is done.

I would also point out that to adopt the harm test would be a regression back to the era when the interests of the child were subjugated to those of the parents. Despite the fact that the test purports to further the best interests of the child by promoting unfettered contact between non-custodial parents and their children, in reality the test subordinates the best interests of children to a presumptive right of the non-custodial parent to unrestricted access.

Finally, it is important to place this issue in its proper context by noting that the vast majority of access orders contain no restrictions on access. Over 96 percent of divorces are now finalized with either an uncontested hearing or no court hearing at all (*Evaluation of the Divorce Act — Phase II, supra*, at p. 44). Of the remainder that are contested, most result in orders for liberal or reasonable access without restrictions. As a practical matter then, the question of restrictions only arises where something in the evidence or the circumstances of the parties suggests a concern or a

TION] «il est rare qu'une telle situation puisse survenir légitimement». La Cour d'appel conclut également que l'imposition de restrictions au droit d'accès ne devrait être permise que lorsque l'existence d'un préjudice caractérisé peut être établie par des experts indépendants.

Il est clair que le critère proposé est loin de pouvoir protéger l'intérêt de l'enfant, étant donné qu'il peut fort bien s'avérer impossible dans de nombreux cas d'établir le haut niveau de préjudice exigé, même si l'on peut avoir des craintes réelles au sujet du bien-être de l'enfant. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'on puisse soumettre au tribunal, immédiatement ou facilement, la preuve accumulée des effets nocifs engendrés par la séparation ou le divorce puisque, habituellement, les décisions concernant la garde sont prises peu de temps après. Cela ne veut pas dire, cependant, que ces préoccupations devraient, par conséquent, être écartées rapidement. Au contraire, les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le but de prévenir le préjudice, au lieu de se borner à simplement l'identifier ou à établir sa présence après que le dommage est fait.

Je voudrais également souligner qu'adopter le critère du préjudice caractérisé serait régresser à l'époque où l'intérêt de l'enfant était subordonné à celui des parents. Même si ce critère semble viser à assurer l'intérêt de l'enfant en favorisant le libre contact entre les parents non gardiens et leurs enfants, il assujettit en réalité cet intérêt au droit présomptif du parent non gardien de jouir d'un accès sans restrictions.

Enfin, il importe de situer cette question dans son contexte en notant que, dans leur vaste majorité, les ordonnances d'accès ne comportent aucune restriction. Plus de 96 pour 100 des divorces se règlent maintenant soit par une audition non contestée, soit sans audition (*Évaluation de la Loi sur le divorce — Phase II, op. cit.*, à la p. 49). Parmi les divorces contestés, la plupart aboutissent à des ordonnances accordant un droit d'accès libéral ou raisonnable, sans restrictions. En pratique donc, la question des restrictions ne se pose dans le cas où un élément de preuve ou la

potential problem. Where those concerns emanate from the custodial parent, that parent will, of course, bear the evidentiary burden of establishing that access should be curtailed. However, the standard that must be met is not the harm standard but evidence that restrictions are in the best interests of the child or, to put it otherwise, that unlimited access is not in the best interests of the child.

I agree with my colleague that expert evidence should not be routinely required to establish the best interests of the child. In my view, it is a modern day myth that experts are always better placed than parents to assess the needs of the child. Common sense requires us to acknowledge that the person involved in day to day care may observe changes in the behaviour, mood, attitude and development of a child that could go unnoticed by anyone else. The custodial parent normally has the best vantage point from which to assess the interests of the child, and thus will often provide the most reliable and complete source of information to the judge on the needs and interests of that child.

Furthermore, it is important to emphasize the importance of the evidence of children in custody and access disputes, and I would not wish to suggest that their testimony alone might not be a sufficient evidentiary basis upon which to restrict access. Courts have increasingly come to accept and understand in the criminal context that children themselves can be a reliable source of evidence to the judge (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). To disregard their evidence when their own interests are directly at issue would, in my opinion, be at odds with this clear evolutionary trend in the law.

Many legal commentators have noted the degree to which custody and access disputes have become a contest between experts, involving increasing amounts of time and money. (See N. Bala, "Assessing the Assessor: Legal Issues" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179; P. J. Caplan and J. Wilson, "Assess-

situation des parties laissent poindre une préoccupation ou un problème potentiel. Lorsque ces préoccupations émanent du parent gardien, c'est à lui, naturellement, qu'incombera la charge d'établir la nécessité de limiter le droit d'accès. La preuve qu'il devra alors faire, toutefois, n'est pas celle d'un préjudice caractérisé, mais la preuve que les restrictions sont dans le meilleur intérêt de l'enfant ou, en d'autres termes, que l'accès illimité n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que le recours à l'opinion d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne devrait pas devenir une exigence courante. À mon avis, c'est un mythe des temps modernes que de croire que les experts sont toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer dans sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus. Le parent gardien est normalement le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant, et c'est souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de cet enfant.

De plus, il importe de souligner l'importance du témoignage des enfants dans les litiges concernant la garde et l'accès, et loin de moi la suggestion que leur seul témoignage pourrait ne pas constituer une preuve suffisante pour restreindre le droit d'accès. Les tribunaux en sont venus de plus en plus à accepter et à comprendre, dans le contexte du droit criminel, que les enfants peuvent être eux-mêmes une source digne de foi pour le juge (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531). Ne pas tenir compte de leur témoignage lorsque leur propre intérêt est en jeu serait, à mon avis, aller à l'encontre de cette évolution claire du droit.

Beaucoup de juristes ont fait remarquer à quel point les litiges relatifs à la garde et à l'accès étaient devenus une bataille d'experts, engouffrant une somme croissante de temps et d'argent. (Voir N. Bala, «Assessing the Assessor: Legal Issues» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179; P. J. Caplan et J. Wilson,

ing the Child Custody Assessors" (1990), 27 R.F.L. (3d) 121; L. Gélinas and B. M. Knoppers, "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection" (1993), 53 *R. du B.* 3; Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, supra.*) In the absence of clear legal presumptions about the best interests of children, judges have increasingly come to rely on the recommendations of experts to determine custody and access issues, believing that such experts possess objective, scientific knowledge and can in fact "know" what is in the best interests of the child. However, expert testimony, while helpful in some and perhaps many circumstances, is often inconclusive and contradictory (Gélinas and Knoppers, *supra*, at p. 17). That this should be so is not surprising, since such assessments are both speculative and may be affected by the professional values and biases of the assessors themselves.

Even where such expertise is valuable, there are impediments in such reliance. Assessments may occasion delays in resolving proceedings and may at times constitute a significant disruption in the lives of both parents and children. The cost involved in routinely hiring experts to establish the best interests of the child only increases the expense of custody litigation and is far beyond the resources of most divorcing couples. Furthermore, as Professor Bala, *supra*, points out, at p. 224, "much of what assessors ultimately recommend may simply be a matter of 'common experience and common sense'".

Given these concerns, while the evidence of experts may form a valuable and necessary part of some custody and access decisions, most of the time they are unnecessary to an ordinary determination of the best interests of the child. Nor does the prospect of access restrictions inevitably require resort to expert opinion, as it may be apparent to the judge from the evidence of the parties and often the children themselves that access

«Assessing the Child Custody Assessors» (1990), 27 R.F.L. (3d) 121; L. Gélinas et B. M. Knoppers, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection» (1993), 53 *R. du B.* 3; Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, op. cit.*) En l'absence de présomptions légales claires quant à l'intérêt de l'enfant, les juges ont été amenés à se fonder de plus en plus sur les recommandations des experts pour trancher les questions de garde et d'accès, estimant que ces experts, forts de leurs connaissances scientifiques objectives, peuvent, de fait, «connaître» l'intérêt de l'enfant. Les témoignages d'experts, toutefois, bien qu'utiles dans certaines et peut-être dans de nombreuses circonstances, sont souvent non déterminants et contradictoires (Gélinas et Knoppers, *loc. cit.*, à la p. 17). Qu'il en soit ainsi n'a rien de surprenant, étant donné le caractère spéculatif de ces expertises et la possibilité qu'elles soient influencées par les valeurs et les préjugés professionnels des experts eux-mêmes.

Même lorsqu'elles sont valables, ces expertises ne vont pas sans difficulté. Le recours à des expertises peut occasionner des délais dans le règlement des procédures et causer, à certains moments, une perturbation importante dans la vie des parents et des enfants. Les coûts résultant de l'engagement systématique d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne font qu'augmenter les frais des litiges en matière de garde et dépassent de beaucoup les ressources de la plupart des couples qui divorcent. De plus, comme le fait remarquer le professeur Bala, *loc. cit.*, à la p. 224, [TRADUCTION] «une grande partie des recommandations ultimes des experts peut n'être qu'affaire «d'expérience et de bon sens»».

Compte tenu de ces remarques, les opinions d'experts peuvent certes constituer un élément valable et nécessaire dans la prise de certaines décisions relatives à la garde et à l'accès, mais elles sont le plus souvent inutiles dans les cas ordinaires où l'on doit déterminer l'intérêt de l'enfant. Le recours à l'opinion d'experts n'est pas non plus inévitable dans la perspective de restrictions au droit d'accès, puisqu'il peut paraître évident au

should only be granted subject to certain conditions.

I am compelled to address the issue of the right of the children to "know" their father, as Wood J.A. suggested at several points that "contact" in s. 16(10) of the Act encompasses the opportunity for the access parent and the child to know each other well and to appreciate each other as individuals. My colleague has also found that the trial judge erred in failing to consider the interest of the children in coming to "know" their father as he is, and is of the view that unrestricted access, even if it causes the deterioration of the relationship, is preferable to the alternative which prevents them from "knowing" him as he is. In my view, the reproaches addressed by my colleague to the trial judge are totally unfounded. The trial judge carefully assessed all the interests at play and not only did she not ignore the best interest of the children involved but also her whole decision is based on their best interest. That is, in fact, what the Court of Appeal reproached her for since, in their view, she should have applied the harm test.

However, to find that unrestricted access is the only available means by which a child may know a parent is to construct a false choice. Restrictions on access, in general or in the particular circumstances of this case, do not necessarily prevent children from coming to know their parents in meaningful ways. In this case, the purpose of the restrictions is to ensure that the children will continue to know their father "at all". The restrictions only affect the area of religious activities involving the children. Many other activities and topics of communication remain open to the respondent and his children. The children already "know" who their father is and are well aware of the significance of his religious beliefs in his life. Should they choose to, it remains open to them to investigate those beliefs further at some later point when

juge, d'après le témoignage des parties et souvent des enfants eux-mêmes, que ce droit ne devrait être accordé qu'à certaines conditions.

Je me dois d'aborder la question du droit des enfants de «connaître» leur père, puisque le juge Wood de la Cour d'appel a indiqué à quelques reprises que le terme «contact» utilisé au par. 16(10) de la Loi comprend la possibilité pour l'enfant et le parent ayant un droit d'accès de bien se connaître et de s'apprécier mutuellement en tant que personnes. Ma collègue a, elle aussi, estimé que le juge de première instance avait commis une erreur en ne tenant pas compte de l'intérêt des enfants à apprendre à «connaître» leur père tel qu'il est; elle est d'avis que l'accès libre, même s'il cause la détérioration de la relation, est préférable à la solution qui les empêcherait de le «connaître» tel qu'il est. À mon avis, les reproches adressés par ma collègue au juge de première instance ne sont absolument pas fondés. Le juge de première instance a évalué avec soin tous les intérêts en jeu et non seulement n'a-t-elle pas fait abstraction du meilleur intérêt des enfants en cause, mais elle a fondé toute sa décision sur cet intérêt. En fait, c'est ce que la Cour d'appel lui a reproché, puisque à son avis, elle aurait dû appliquer le critère du préjudice.

Toutefois, affirmer que l'accès sans restrictions est le seul moyen susceptible de permettre à un enfant de connaître son père ou sa mère, c'est proposer un faux choix. En effet, imposer des restrictions au droit d'accès, en général ou dans les circonstances particulières de l'espèce, n'empêche pas nécessairement les enfants d'acquérir une connaissance significative de leurs parents. Dans la présente affaire, le but des restrictions est de veiller à ce que les enfants continuent «quand même» à connaître leur père. Les restrictions ne touchent que les activités religieuses avec les enfants. Beaucoup d'autres sujets de communication et d'activités restent possibles pour l'intimé et ses enfants. Les enfants «connaissent» déjà leur père tel qu'il est et comprennent fort bien l'importance que revêtent dans sa vie ses croyances religieuses. Il leur sera toujours loisible, si elles le désirent, d'approfondir leurs connaissances dans ce domaine

they are ready and able to do so in a manner that is non-threatening to them.

Furthermore, to interpret the goal of maximum contact in such a way as to require unrestricted access may be to defeat the very objective that the Act itself seeks to promote, if the pre-eminence of unlimited "knowledge" results in the ultimate destruction of the relationship. Once the long-term interest of children in the maintenance of a relationship with the non-custodial parent is acknowledged, it is difficult to see the logic or the value in this approach. For example, a non-custodial parent, during access, may prevent on personal, philosophical or religious grounds, his or her child from attending school. Restricting access may be in the best interests of the child even if such an order impinges on the child's ability to "know" the parent.

In brief, the content of the rule, its constitutionality and the applicable standard of proof do not favour the respondent's position. The respondent's main argument, however, which I will now discuss, relates to the infringement of his freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* due to the trial judge's access order.

### Freedom of Religion

This Court has held on occasions too numerous to require mention at this point that it will consider both the purpose and the context of a right when determining whether there has been an infringement of the *Charter*. I must state at the outset that the purposes underlying the protection of religious and expressive freedoms have little if anything to do with regulating activities between family members. Such rights are public in nature and have typically referred to and encompassed freedom of the individual from state compulsion or restraints. Even the most ardent liberal theorists and advocates of rights have never pretended that these fundamental freedoms should provide a basis on which an individual could, for example, claim the protection of the state either to say or refrain from

plus tard, lorsqu'elles se sentiront prêtes et capables de le faire d'une manière non menaçante pour elles.

De plus, interpréter l'objectif du maximum de contact de manière à exiger un droit d'accès sans restrictions pourrait aller à l'encontre de l'objet même que la Loi vise à promouvoir si la prééminence de la «connaissance» sans entrave aboutit à la destruction ultime de la relation. Une fois qu'on a reconnu l'intérêt qu'ont, à long terme, les enfants dans la préservation d'un lien avec le parent non gardien, il est difficile de comprendre la logique ou la valeur de cette interprétation. Par exemple, pendant qu'il exerce son droit d'accès, le parent non gardien peut, pour des motifs personnels, philosophiques ou religieux, empêcher son enfant de fréquenter l'école. Restreindre le droit d'accès peut alors être dans l'intérêt de l'enfant, même si une telle ordonnance porte atteinte à la capacité de l'enfant de «connaître» le parent.

En bref, le contenu de la règle, sa constitutionnalité et la norme de preuve applicable ne favorisent pas la position de l'intimé. Son principal argument, toutefois, que je vais maintenant examiner, a trait à l'atteinte à la liberté de religion que lui garantit l'al. 2a) de la *Charte* que constituerait l'ordonnance d'accès rendue par le juge de première instance.

### La liberté de religion

Notre Cour a affirmé dans des arrêts trop nombreux pour qu'on les mentionne à ce stade-ci que, pour déterminer s'il y a eu violation de la *Charte*, elle prendra en considération tant l'objet d'un droit que son contexte. Je dois dire d'entrée de jeu que les objets qui sous-tendent la protection des libertés de religion et d'expression ont peu, sinon rien, à voir avec la réglementation des activités au sein d'une famille. Ces droits ont un caractère public et ils évoquent et englobent traditionnellement la liberté de l'individu contre la coercition ou les contraintes de l'État. Même les plus fervents théoriciens libéraux et défenseurs des droits n'ont jamais prétendu que ces libertés fondamentales devaient constituer le fondement sur lequel un particulier pourrait, par exemple, réclamer la protec-

saying something to a spouse or child. The mere fact that the state plays a role in custody and access decisions in formalizing the circumstances of parent-child interaction does not transform the essentially private character of such interchanges into activity which should be subject to *Charter* scrutiny.

An examination of our traditional understanding of freedom of religion and expression reveals that those notions are inappropriate and ill-suited to the family, if only because of the differences in power and development and the nature of rights and obligations between parent and child. While legitimate questions may arise about the role of the state, and hence the application of the *Charter*, in regulating other aspects of family law, in my view, it is difficult to imagine that any valid purpose is served by importing the discourse of freedom of expression and religion into orders made in the resolution of custody and access disputes.

It follows that, once the best interests test itself has been found to accord with *Charter* values, the trial judge's order itself is not subject to further constitutional review, as the necessary state infringement of religious rights required to sustain a challenge based on the *Charter* is no longer present.

As s. 32 dictates, the *Charter* applies to governments and legislatures. Its purpose is to provide a measure of protection from the coercive power of the state and a mechanism of review to persons who find themselves unjustly burdened or affected by the actions of government. It is not meant to provide a means to regulate the affairs of private citizens. Thus, the *sine qua non* to any application of the *Charter* is the presence of state action, whether by legislation or other means.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, this Court first considered the meaning of "government action", and articulated the principle which established the threshold for judicial review under the *Charter*: the *Charter* applies to

tion de l'État pour dire ou s'abstenir de dire quelque chose à un conjoint ou à un enfant. Le simple fait que l'État joue un rôle dans les décisions relatives à la garde et à l'accès en encadrant l'interaction parent-enfant ne transforme pas le caractère essentiellement privé de ces échanges en une activité susceptible d'être soumise à l'examen de la *Charte*.

<sup>b</sup> Un examen de notre conception traditionnelle de la liberté de religion et d'expression révèle que ces notions sont difficilement applicables à la famille, ne serait-ce qu'en raison des différences dans le pouvoir, l'évolution, et la nature des droits et obligations entre parent et enfant. Si des questions peuvent légitimement se poser à propos du rôle de l'État, et donc de l'application de la *Charte*, dans la réglementation d'autres aspects du droit de la famille, il est, à mon avis, difficile d'imaginer quel objectif valide on poursuivrait en appliquant le discours de la liberté de religion et d'expression aux ordonnances rendues pour résoudre les litiges impliquant la garde et l'accès.

<sup>e</sup> Il s'ensuit qu'une fois confirmée la compatibilité du critère de l'intérêt de l'enfant avec les valeurs consacrées par la *Charte*, l'ordonnance du juge de première instance échappe elle-même à tout autre contrôle constitutionnel puisque l'atteinte étatique aux droits religieux, condition préalable à une attaque fondée sur la *Charte*, n'existe plus.

<sup>g</sup> Comme l'édicte l'art. 32, la *Charte* s'applique aux gouvernements et aux législatures. Son objet est d'offrir un moyen de protection contre le pouvoir coercitif de l'État ainsi qu'un mécanisme d'examen aux personnes qui s'estiment injustement accablées ou lésées par les actes du gouvernement. Elle n'est pas censée servir à réglementer les affaires des particuliers. Ainsi, la présence d'une action étatique, sous forme législative ou autre, est la condition *sine qua non* de toute application de la *Charte*.

<sup>j</sup> Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, notre Cour a d'abord examiné le sens de l'expression «acte du gouvernement» et formulé le principe établissant le seuil du contrôle judiciaire en vertu de la *Charte*: elle s'ap-

the legislative, executive and administrative branches of government but does not apply to judicial orders made in the resolution of private disputes. The issue arose again in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, when the appellant sought to uphold an injunction preventing his former girlfriend from obtaining an abortion, relying on, among other grounds, the alleged rights of the foetus under s. 7 of the *Charter*. The Court held that, as there was no state action to be impugned and the *Charter* could not be invoked in a civil action between two parties, the principle outlined in *Dolphin Delivery* provided a complete answer to the *Charter* argument.

Exceptions to this rule have been recognized in certain specific circumstances. The first such instance arose in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, when the Court considered the application of the *Charter* to the order of a judge who, acting on his own motion, issued an injunction restraining picketing outside a court house. Dickson C.J. in that case found the order subject to the *Charter*, on the basis that the ruling was entirely public in nature and was required to ensure continuing access to the courts and the protection of the rule of law and the *Charter* rights of others. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the Court found the order of an adjudicator pursuant to the *Canada Labour Code* properly subject to *Charter* review. The Court distinguished the exercise of the arbitrator's powers in that case from judicial decision-making on the basis that the adjudicator was appointed pursuant to a legislative provision and derived all his powers from the statute.

The present case clearly falls to be decided under the principles enunciated in *Dolphin Delivery* as custody and access matters are essentially private in nature and there exists no state action to be impugned. In contradistinction to the situation in *Slaight Communications*, the powers of a judge

plique aux branches législative, exécutive et administrative du gouvernement, mais ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires prononcées pour régler des litiges privés. La question s'est de nouveau posée dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, où l'appelant cherchait à faire confirmer une injonction interdisant à son ex-amie de se faire avorter, en se fondant notamment sur les droits présumés du fœtus en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La Cour a conclu que, puisque l'État n'avait pris aucune mesure susceptible d'être attaquée et que la *Charte* ne pouvait être invoquée dans une poursuite civile entre deux parties, le principe énoncé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* fournissait une réponse complète à l'argument fondé sur la *Charte*.

Des exceptions à cette règle ont été reconnues dans certaines circonstances. Le premier cas de ce genre s'est présenté dans l'affaire *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, où la Cour a examiné l'application de la *Charte* à l'ordonnance d'un juge qui, de sa propre initiative, avait prononcé une injonction interdisant le piquetage aux abords d'un palais de justice. Le juge en chef Dickson a estimé que l'ordonnance en cause était assujettie à la *Charte*, vu que la décision avait un caractère entièrement public et qu'elle était nécessaire pour assurer l'accès aux tribunaux, la primauté du droit et la protection des droits que la *Charte* garantit à autrui. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, la Cour a jugé que l'ordonnance d'un arbitre rendue sous le régime du *Code canadien du travail* était à bon droit assujettie à un examen en vertu de la *Charte*. La Cour a établi une distinction entre l'exercice des pouvoirs de l'arbitre dans cette affaire et la prise d'une décision judiciaire, en faisant valoir que l'arbitre était nommé en vertu d'une disposition législative et tirait tous ses pouvoirs de la loi.

La présente affaire relève clairement des principes énoncés dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, étant donné que les questions de garde et d'accès sont de nature essentiellement privée et que l'État n'a pris aucune mesure susceptible d'être attaquée. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Slaight Com-*

making an order under the Act cannot be equated with those of an adjudicator who derives his authority from a legislative enactment. The judiciary is a separate branch of the government, and possesses the inherent jurisdiction under its *parens patriae* power to rule in the interests of the child. This power is both distinct from and long predates the statutory entrenchment of the best interests test. In the result, the *Charter* will not apply to the order.

*munications*, les pouvoirs du juge rendant une ordonnance en vertu de la Loi ne peuvent être assimilés à ceux d'un arbitre dont la compétence découle d'un texte législatif. Le judiciaire constitue une branche séparée de l'État et il possède le pouvoir inhérent, en vertu de sa compétence *parens patriae*, de rendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant. Ce pouvoir est distinct de la consécration législative du critère de l'intérêt de l'enfant et lui est de beaucoup antérieur. En définitive, la *Charte* ne s'applique pas à l'ordonnance.

As the Court has stressed on previous occasions, *Charter* values nonetheless remain an important consideration in judicial decision-making. Courts must strive to uphold *Charter* values, and preference should be given to such values in the interpretation of legislation over those which run contrary to them (*Slaight Communications, supra; Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554).

Ainsi que la Cour l'a souligné antérieurement, les valeurs consacrées par la *Charte* n'en demeurent pas moins un élément que les tribunaux doivent prendre en considération dans leurs décisions. Ils doivent s'efforcer d'assurer la protection des valeurs préconisées dans la *Charte* et leur accorder la préférence, dans l'interprétation des lois, sur les valeurs qui y sont contraires (*Slaight Communications*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554).

There is no question that, had the order been based on the sole fact that the respondent adheres to the Jehovah's Witness faith, the order could not be legitimized, as it has long been a tenet of the common law that courts will not prefer one religion over another in the adjudication of custody disputes. (See *In re McGrath (Infants)*, *supra*; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621 (Ont. C.A.) at p. 624; *Delvenne v. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21 (Man. C.A.); *Irmert v. Irmert* (1984), 64 A.R. 342 (C.A.); *Harvey v. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134 (Que. C.A.).) Nor is a court authorized to dictate to a parent his or her religious philosophy (*McQuillan v. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324 (Ont. H.C.)). Decisions regarding custody and access must not be based on the parents' faith, whether or not that religion is that of the majority. However, the religion of the parties may be relevant as one of the circumstances to be assessed along with all the others in the determination of the best interests of the child, as it is in this case.

Il ne fait aucun doute que, si elle avait été fondée sur le seul fait que l'intimé adhère à la foi des Témoins de Jéhovah, l'ordonnance ne pourrait être légitimée, car c'est un précepte bien ancré en common law que les tribunaux ne privilégieront pas une religion par rapport à une autre dans le règlement des litiges en matière de garde. (Voir *In re McGrath (Infants)*, précité; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621 (C.A. Ont.), à la p. 624; *Delvenne c. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21 (C.A. Man.); *Irmert c. Irmert* (1984), 64 A.R. 342 (C.A.); *Harvey c. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134 (C.A. Qué.).) Le tribunal n'est pas davantage autorisé à dicter à un parent sa philosophie en matière de religion (*McQuillan c. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324 (H.C. Ont.)). Les décisions relatives à la garde et à l'accès ne doivent pas être fondées sur la foi des parents, que cette foi soit ou non celle de la majorité. Toutefois, la religion des parties peut être pertinente, en ce sens qu'elle peut constituer l'une des circonstances à prendre en considération aux fins de la détermination de l'intérêt de l'enfant, comme c'est le cas en l'espèce.

In instances where there is conflict over religion, it is important to emphasize that the court is not engaged in adjudicating a "war of religion" nor are the religious beliefs of the parties themselves on trial. Rather, as courts have often recognized, it is the manner in which such beliefs are practised together with the impact and effect they have on the child which must be considered (*Struncova v. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298 (Que. S.C.); *Brown v. Brown*, *supra*; *Irmert v. Irmert*, *supra*; *Harvey v. Lapointe*, *supra*; *Fougere v. Fougere*, *supra*). In all cases where the effects of religious practices are at issue, the best interests of the child must prevail (*Sullivan v. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293 (P.E.I.S.C.)). See also C. E. Schneider, "Religion and Child Custody" (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.

In the vast majority of cases, social values such as religion are shared between the parents and pose no threat to the exercise of access. It is when such values clash, whether over religion, education, ethnic traditions, mores or the lifestyles of the parents that problems arise. It is probably safe to say that in the "best case" scenario, courts would prefer to avoid orders which touch on peoples' beliefs and religion, as few issues are more likely to evoke the passions of both the parties and the wider community. However, it must be remembered that courts are only called to adjudicate such issues when the differences between the parties themselves have become irreconcilable. At this point, courts have no choice but to resolve the matter according to the best interests of the child.

Moreover, even if the *Charter* were to apply to custody and access orders, no infringement of religious freedoms would occur where such orders are made in the best interests of the child. As this Court recognized in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 336-37:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and

Dans les cas où la religion est l'objet d'un conflit, il importe de souligner que le tribunal n'est pas appelé à trancher une «guerre de religion» et que les convictions religieuses des parties elles-mêmes ne sont pas en cause. Comme les tribunaux l'ont souvent reconnu, c'est plutôt la façon dont ces convictions sont mises en pratique ainsi que les répercussions qu'elles ont sur l'enfant qui doivent être examinées (*Struncova c. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298 (C.S. Qué.); *Brown c. Brown*; *Irmert c. Irmert*; *Harvey c. Lapointe*; *Fougere c. Fougere*, précités). Dans tous les cas où les effets de pratiques religieuses sont en litige, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir (*Sullivan c. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293 (C.S.Î.-P.-É.)). Voir également C. E. Schneider, «Religion and Child Custody» (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.

Dans la vaste majorité des cas, les valeurs sociales telle la religion sont partagées par les parents et ne posent aucune menace à l'exercice du droit d'accès. C'est lorsque ces valeurs entrent en conflit, que ce soit au sujet de la religion, de l'éducation, des traditions ethniques, des mœurs ou du mode de vie des parents, que les problèmes surviennent. On peut raisonnablement affirmer que, dans la meilleure des hypothèses, les tribunaux préféreront éviter de prononcer des ordonnances qui touchent les croyances et la religion, car peu de questions sont susceptibles de soulever autant de passions, tant chez les parties que dans la collectivité en général. N'oublions pas, cependant, que les tribunaux ne sont appelés à trancher ces questions que lorsque les divergences entre les parties sont devenues inconciliaires. À ce stade, les tribunaux n'ont d'autre choix que de trancher l'affaire suivant l'intérêt de l'enfant.

De plus, même si la *Charte* devait s'appliquer aux ordonnances de garde et d'accès, il n'y aurait aucune atteinte à la liberté de religion dans la mesure où ces ordonnances sont rendues dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi que notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 336 et 337:

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des

without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. . . . Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

Thus, freedom of religion is inherently limited by a number of considerations, including the rights and freedoms of others. While parents are free to engage in religious practices themselves, those activities may be curtailed where they interfere with the best interests of the child without thereby infringing the parent's religious freedoms.

There is no dispute in the case law as regards this principle since, even where the religious rights of the non-custodial parent in access disputes have been recognized, courts have nonetheless imposed conditions on their exercise where warranted by the interests of the child. As Malouf J.A. for the Quebec Court of Appeal held in *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599 (C.A.), at p. 606:

Such constraints, provided they are reasonable in their content and application, do not interfere in any way with a particular parent's freedom of religion. They simply reaffirm the principle that the best interest of the child must be protected. They are not inconsistent with the basic freedoms referred to in the Charter.

(See also *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545 (C.A.).)

The only question is the applicable standard for imposing such conditions. As I have indicated above, that standard is not one of harm but must at all times be the best interests of the child.

Both the Court of Appeal and the respondent rely on the decision of *Hockey v. Hockey, supra*, for the proposition that access orders which restrict

croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement ou leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. [ . . . ] La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [Je souligne.]

Ainsi, la liberté de religion est intrinsèquement limitée par un certain nombre de considérations, dont les droits et les libertés d'autrui. Bien que les parents soient libres de se livrer à des pratiques religieuses, ces activités peuvent être limitées lorsqu'elles nuisent à l'intérêt de l'enfant, sans pour autant enfreindre la liberté de religion des parents.

Ce principe est unanimement reconnu dans la jurisprudence, puisque, même dans les cas où les droits du parent non gardien en matière de religion ont été reconnus, les tribunaux ont néanmoins assorti l'exercice du droit d'accès à des conditions lorsque cela était dans l'intérêt de l'enfant. Comme le juge Malouf de la Cour d'appel du Québec l'a conclu dans *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599 (C.A.), à la p. 606:

[TRADUCTION] De telles restrictions, pourvu qu'elles soient raisonnables dans leur contenu et leur application, n'enfreignent d'aucune façon la liberté de religion d'un parent en particulier. Elles ne font que réaffirmer le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être protégé. Elles ne sont pas incompatibles avec les libertés fondamentales reconnues dans la Charte.

(Voir également *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545 (C.A.).)

La seule question qui se pose est donc celle de la norme applicable à l'imposition de telles conditions. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette norme n'est pas le préjudice caractérisé subi mais doit être, en tout temps, l'intérêt de l'enfant.

La Cour d'appel et l'intimé se fondent tous deux sur la décision *Hockey c. Hockey*, précitée, pour justifier leur argument voulant que les ordonnances

the ability of non-custodial parents to involve their children in religious activities contrary to the wishes of the custodial parent violate freedom of religion. In that case, the custodial parent's solicitor had sent a letter to the access parent which included the following statement: "[t]o ensure that there is no misunderstanding let me state unequivocally that the restrictions of your exercise of access to the children has been precipitated primarily because of your acceptance of the Jehovah's Witness faith" (p. 106). Not surprisingly, the court found the subsequent denial of access by the custodial parent for a period of six months, despite a court order permitting access, to be a form of religious discrimination. The court concluded in those circumstances that, in the absence of any finding that the sharing of beliefs or practices with the children by the non-custodial parent was contrary to the best interests of the children, the Act must be interpreted in a manner compatible with the religious freedom of the access parent.

d'accès qui restreignent la capacité du parent non gardien de faire participer ses enfants à des activités religieuses contre la volonté du parent gardien violent la liberté de religion. Dans cette affaire, l'avocat du parent gardien avait transmis au parent ayant un droit d'accès une lettre contenant le passage suivant: [TRADUCTION] «[p]our éviter tout malentendu, permettez-moi d'affirmer sans équivoque que les restrictions à l'exercice de votre droit d'accès auprès des enfants sont avant tout attribuables à votre adhésion à la foi des Témoins de Jéhovah» (p. 106). Comme on pouvait s'y attendre, le tribunal a jugé que le refus subséquent du parent gardien de permettre l'accès pendant une période de six mois, malgré une ordonnance accordant ce droit, constituait une forme de discrimination religieuse. Le tribunal a conclu, dans les circonstances, qu'en l'absence de preuve établissant que le fait pour le parent non gardien de partager ses croyances ou ses pratiques avec ses enfants était contraire à leur intérêt, la Loi devait être interprétée d'une manière compatible avec la liberté de religion du parent ayant un droit d'accès.

It appears that the basis of that particular decision was the absence of any evidence before the court of adverse effects on the children. Moreover, the court in *Hockey v. Hockey* explicitly recognized that the religious rights of the access parent could be curtailed in the interests of the child. Despite a contrary interpretation by the Court of Appeal in the present case, in my view that case does not support the conclusion that restrictions on religious activities during access cannot be sustained unless harm, or the threat of harm, to the child has been established.

Il appert que le fondement de cette décision était l'absence, devant le tribunal, de toute preuve de répercussions négatives sur les enfants. Qui plus est, le tribunal a explicitement reconnu, dans *Hockey c. Hockey*, que les droits religieux du parent ayant un droit d'accès pouvaient être limités dans l'intérêt de l'enfant. Malgré l'interprétation contraire de la Cour d'appel dans la présente espèce, cette décision ne vient pas étayer, à mon avis, la conclusion suivant laquelle l'imposition de restrictions aux activités religieuses pendant l'exercice du droit d'accès ne peut être justifiée que si l'existence ou la menace d'un préjudice pour l'enfant a été établie.

The respondent also invokes the decision of *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990), in support of his submissions that the religious freedom of an access parent may only be curtailed where harm can be conclusively demonstrated. In *Zummo v. Zummo*, the Pennsylvania Superior Court engaged in a comprehensive historical review of the protection of freedom of religion under the First Amendment to the United States

L'intimé invoque également la décision *Zummo c. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990), à l'appui de sa prétention que la liberté de religion du parent ayant un droit d'accès ne peut être limitée qu'en présence d'une preuve concluante de préjudice. Dans cette affaire, la Cour supérieure de la Pennsylvanie a procédé à un examen historique approfondi de la protection de la liberté de religion en vertu du Premier amendement de la Constitution

Constitution. On that basis, Kelly J. concluded that limits to the non-custodial parent's involvement in the religious upbringing of the child could not be sustained in the absence of clear evidence that access without restrictions would pose a substantial threat of present or future harm to the child.

In my view, it is important, when considering the applicability of such a standard in Canadian jurisprudence, to be conscious of the differences in both the history and the constitutional protection of freedom of religion in Canada and the United States. Without delving into the development of freedom of religion in the United States, it is sufficient to note that American courts have strictly interpreted the requirement of non-interference by the state in any matter touching on religion. In addition, we must recall that under the *Charter*, a court order pursuant to the litigation of a private issue such as access does not constitute state infringement of religious freedoms.

des États-Unis. Le juge Kelly en a conclu qu'on ne pouvait justifier la limitation de la contribution du parent non gardien à l'éducation religieuse de son enfant en l'absence d'éléments de preuve établissant clairement que l'accès sans restrictions constituerait une menace importante de préjudice présent ou futur pour l'enfant.

À mon avis, lorsqu'on examine l'applicabilité de cette norme en droit canadien, il importe d'être conscient des différences dans l'histoire de la liberté de religion ainsi que dans la protection constitutionnelle dont elle jouit au Canada et aux États-Unis. Sans revoir en détail l'évolution de la liberté de religion aux États-Unis, qu'il suffise de souligner que les tribunaux américains ont interprété strictement l'exigence de non-ingérence de l'État dans toute question touchant la religion. De plus, il faut se rappeler que, en vertu de la *Charte*, l'ordonnance qu'un tribunal rend dans un litige privé, portant par exemple sur le droit d'accès, ne constitue pas une atteinte de l'État aux libertés en matière de religion.

Dans l'affaire *Zummo c. Zummo*, le tribunal a accepté les conclusions d'un certain nombre d'études qui démontraient que le fait qu'un enfant soit exposé à des doctrines religieuses opposées ne devait pas donner naissance à une présomption de préjudice. Je suis tout à fait d'accord pour dire qu'il n'y a habituellement rien de mal à exposer un enfant à différentes religions ou croyances et que cela peut lui être bénéfique. Cependant, il est crucial de reconnaître qu'il peut y avoir, à l'occasion, des différences importantes entre les familles intactes de religion mixte et celles qui vivent un divorce ou une séparation. En fait, les auteurs de deux des études invoquées dans l'affaire *Zummo c. Zummo* ont par la suite expressément désavoué l'application et la pertinence de leurs conclusions dans les cas où les parents ne s'entendent pas ou lorsque les enfants se voient, par suite du divorce, imposer deux religions. (Voir M. Weiss et R. Abramoff, «The Enforceability of Religious Upbringing Agreements» (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655, at pp. 714-15). The missing element is conflict. In intact families, parents are normally in agreement about how to raise their children and have accommodated the presence of two religions. However, where religion becomes a source of con-

In *Zummo v. Zummo*, the court accepted the conclusions of a number of studies which demonstrated that exposure to conflicting religious doctrines should not give rise to a presumption of harm to the child. I am in complete agreement that there is ordinarily nothing wrong with the exposure of a child to different religions or beliefs and that such exposure may be of value to the child. However, it is crucial to acknowledge that there may at times be important differences between intermarried intact families and those in the process of separation or divorce. Indeed, the authors of two of the studies relied on in *Zummo v. Zummo* later expressly disavowed the application and relevance of their findings where parents were not in agreement or where children were, by virtue of divorce, thrust into two religions. (See M. Weiss and R. Abramoff, "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655, at pp. 714-15). The missing element is conflict. In intact families, parents are normally in agreement about how to raise their children and have accommodated the presence of two religions. However, where religion becomes a source of con-

flict between the parents or is the very cause of the marriage breakdown, it is generally not in the best interests of the child and may in some circumstances be very detrimental for the child to be drawn into the controversy over religious matters.

As one commentator has pointed out, it is precisely the cases in which children become embroiled in religious conflict that cast doubt on the wisdom of the decisions which have allowed the religious rights of the access parent to prevail (J. T. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law* (1992), at p. 90). Where there is conflict over religion, courts must secure the long-standing authority of the custodial parent to make decisions over religious activities. This ensures that stress occasioned by such issues does not become a continuing and ultimately destructive feature in the life of the child after divorce. (See S. M. Zarowny, "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160, at p. 173; Weiss and Abramoff, *supra*.)

### Freedom of Expression

The respondent also argues that the restrictions on communicating his religious views to his children infringe his rights to expressive freedom. Wood J.A. agreed, although he subsumed this right under the rubric of freedom of religion, holding that an important part of the right to teach and disseminate religious beliefs is the right to share those beliefs with one's children. Southin J.A., for her part, was of the view that the appellant does not have the right to control the conversations which take place between the respondent and his children during access, reasoning that the child has a right to know anyone to whom the court grants access and that a child cannot know anyone unless he or she is able to speak freely to that person.

I have no quarrel with these conclusions as general principles, and would observe that they normally reflect and enhance the very purpose of access itself. In the overwhelming majority of

et ils composent avec la présence de deux religions. Cependant, lorsque la religion devient source de conflit entre les parents ou est la cause même de l'échec du mariage, il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant et il peut même, dans certaines circonstances, lui être très préjudiciable, d'être entraîné dans la controverse.

Ainsi qu'un commentateur l'a souligné, ce sont précisément les cas où les enfants ont été mêlés au conflit religieux qui jettent un doute sur la sagesse des décisions où ont prévalu les droits religieux du parent ayant un droit d'accès (J. T. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law* (1992), à la p. 90). Lorsqu'il existe un conflit à ce sujet, les tribunaux doivent préserver l'autorité bien établie du parent gardien quant aux décisions à l'égard des activités religieuses, de sorte que le stress qu'engendrent de telles questions ne devienne pas un élément permanent et potentiellement destructeur dans la vie de l'enfant après le divorce. (Voir S. M. Zarowny, «The Religious Upbringing of Children After Divorce» (1980), 56 *Notre Dame Law.* 160, à la p. 173; Weiss et Abramoff, *loc. cit.*)

### La liberté d'expression

L'intimé soutient également que les restrictions auxquelles est assujettie la communication de ses opinions religieuses à ses enfants portent atteinte à ses droits à la liberté d'expression. Le juge Wood a souscrit à cet argument, bien qu'il ait inclus ce droit sous la rubrique de la liberté de religion, estimant que le droit de partager ses croyances avec ses enfants constitue une part importante du droit d'enseigner et de propager des croyances religieuses. Madame le juge Southin était, quant à elle, d'avis que l'appelante n'a pas le droit de contrôler les conversations ayant lieu entre l'intimé et ses enfants pendant la période d'accès, expliquant que l'enfant a le droit de connaître la personne à qui le tribunal accorde un droit d'accès et qu'il ne peut connaître cette personne que s'il peut lui parler librement.

Je ne conteste pas ces conclusions en tant que principes généraux et je ferais observer qu'elles reflètent et favorisent normalement l'objectif même du droit d'accès. Dans l'immense majorité

cases, courts do in fact recognize and give effect to them, if only through the absence of any restrictions regarding communication between the child and the access parent. However, it is beyond contention that rights do not exist in a vacuum but are shaped and formed both by the particular context in which they are exercised and the rights of others (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326). Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 463, after acknowledging the centrality and importance of freedom of expression in our society, observed:

But it is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values.

In this case, there are other powerful competing interests which must be recognized, not the least of which, in addition to the best interests of the children, are the freedoms of expression and religion of the children themselves. There is cogent, persuasive evidence, found credible by the trial judge, that the children themselves do not want to discuss religion with their father or be subject to his comments about beliefs which are at odds with their own religious upbringing, whether they take the form of indoctrination, instruction or mere observations. Indeed, the letters written to the trial judge disclose that, not only do they not want it, but also that the prospect of such discussions has so profoundly disturbed the children and coloured the periods of access that they no longer wish to continue to see the respondent according to a schedule.

In such circumstances, it is obviously inadequate merely to invoke freedom of religion or expression of an access parent without considering the effect on the children and their inability to assert their own desires and rights. Rather, both the best interests of the children and a respect for their rights may require restrictions on communication,

des cas, les tribunaux reconnaissent de fait ces conclusions et leur donnent effet, ne serait-ce que par l'absence de toute restriction touchant les communications entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès. Cependant, il est incontestable que les droits n'existent pas dans le néant mais qu'ils sont modelés et définis par le contexte particulier dans lequel ils sont exercés ainsi que par les droits d'autrui (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*), [1989] 2 R.C.S. 1326). Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 463, le juge en chef Dickson a fait l'observation suivante après avoir reconnu le caractère central et l'importance de la liberté d'expression dans notre société:

Toutefois, il ne s'agit pas d'une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes.

En l'espèce, il y a d'autres intérêts concurrents puissants qu'il faut reconnaître, dont les moindres ne sont pas, outre l'intérêt des enfants, les libertés d'expression et de religion des enfants elles-mêmes. Des éléments de preuve convaincants, que le juge de première instance a estimé crédibles, établissent en effet que les enfants elles-mêmes ne veulent pas discuter de religion avec leur père ou être sujettes à ses commentaires sur des croyances aux antipodes de leur propre éducation religieuse, qu'il s'agisse d'endoctrinement, d'enseignement ou de simples observations. De fait, les lettres écrites au juge de première instance révèlent que non seulement elles ne le veulent pas, mais que la perspective d'avoir de telles discussions les perturbe et influe si profondément sur les périodes d'accès qu'elles ne souhaitent plus continuer à voir l'intimé suivant un horaire préétabli.

En pareilles circonstances, il est à l'évidence inappropriate d'invoquer uniquement la liberté de religion ou d'expression du parent ayant un droit d'accès sans prendre en considération les répercussions sur les enfants et l'incapacité où elles se trouvent de faire valoir leurs propres désirs et leurs propres droits. Au contraire, il se peut que tant

if only so that the larger interest, maintenance and development of the relationship between the access parent and child, is not frustrated by the means by which it is carried out.

<sup>a</sup> l'intérêt des enfants que le respect de leurs droits exigeant que la communication soit assortie de restrictions, ne serait-ce qu'afin que l'intérêt supérieur envers le maintien et le développement de leurs liens avec le parent ayant un droit d'accès ne soit pas frustré par les moyens utilisés pour le promouvoir.

In the result, I would dismiss the respondent's argument that his freedoms of religion and expression have been infringed by the trial judge's order. He remains totally free to practise his religion. I also reject his submission that he has the right to engage his children in religious observances with him where it is determined that such observances are detrimental to their best interests.

<sup>b</sup> En définitive, je suis d'avis de rejeter l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge de première instance porte atteinte à ses libertés de religion et d'expression. L'intimé demeure entièrement libre de pratiquer sa religion. <sup>c</sup> Je rejette également sa prétention voulant qu'il ait le droit de faire suivre à ses enfants des pratiques religieuses lorsque ces pratiques s'avèrent être au détriment de leur meilleur intérêt.

In summary, as a matter of statutory interpretation, the *Divorce Act* mandates that, in decisions of custody and access, the sole consideration be the best interests of the child. The focus must remain at all times on the child, not the needs or interests of the parents, and parental rights play no role in such decisions except in so far as they are necessary to ensure the best interests of the child.

<sup>d</sup> En résumé, suivant les principes d'interprétation des lois, la *Loi sur le divorce* exige qu'en ce qui concerne les décisions relatives à la garde et à l'accès, la seule considération soit le meilleur intérêt de l'enfant. L'accent doit en tout temps être mis sur l'enfant, non sur les besoins ou les intérêts des parents, et les droits parentaux ne jouent aucun rôle dans les décisions de cette nature, sauf dans la mesure où ils sont nécessaires pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant.

The custodial parent is responsible for the care and upbringing of the child, including decisions concerning the education, religion, health and well-being of the child. Parental authority rests with the custodial parent, not for his or her own benefit, but in order to enable that parent to discharge effectively the obligations and responsibilities owed to the child.

<sup>e</sup> Le parent gardien est responsable des soins apportés à l'enfant et de la manière dont il est élevé, y compris des décisions concernant son éducation, sa religion, sa santé et son bien-être. C'est lui qui conserve l'autorité parentale, non pas pour son propre bénéfice, mais pour lui permettre de s'acquitter efficacement des obligations et des responsabilités qui lui incombent envers l'enfant.

As set out in the Act, maximum contact between the child and the non-custodial parent is a worthwhile goal which should be pursued to the extent that it is in the best interests of the child. Generous and unrestricted access, which is the norm, should be favoured except when such access would not be in the best interests of the child. However, ongoing conflict between parents which adversely affects the child must be minimized or avoided, as it is the single factor which has consistently proven to be

<sup>f</sup> Ainsi que le prescrit la Loi, un contact maximum entre l'enfant et le parent non gardien est un objectif valable qu'on doit poursuivre dans la mesure où il est dans l'intérêt de l'enfant. L'exercice généreux et libre du droit d'accès, qui est la norme, devrait être favorisé sauf s'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Il faut toutefois chercher à réduire au minimum ou à éviter les conflits constants entre parents qui nuisent aux enfants, car c'est le seul facteur dont on a prouvé qu'il était

severely detrimental to children upon separation or divorce.

The best interests of the child must be approached from a child-centred perspective. It is not simply the right to be free of significant harm. It is the right of the particular child in question to the best possible arrangements in the circumstances of the parties, taking into consideration the wide spectrum of factors which may affect the child's physical, spiritual, moral and emotional well-being and the milieu in which the child lives.

Where the question of restrictions on access arises, the best interests of the child must be determined by considering the "condition, means, needs and other circumstances of the child" as required by the Act. The totality of these circumstances must be considered. Nothing in the Act suggests that harm should be the controlling factor. To adopt the harm standard would be to invert the focus of the best interests test and place the risk of error on the child, contrary to the objectives of the Act.

Expert evidence, while helpful in some cases, is not routinely required to establish the best interests of the child. That determination is normally possible from the evidence of the parties themselves and, in some cases, the testimony of the children involved.

Freedom of religion and expression are fundamental values protected by the *Charter*. However, the best interests of the child standard in the *Divorce Act* does not offend *Charter* values, but is completely consonant with the underlying objectives of the *Charter*. The *Charter* has no application to private disputes between parents in the family context, nor does it apply to court orders in the area of custody and access. While a child's exposure to different parental faiths or beliefs may be of value, when such exposure is a source of conflict and is not in the best interests of the child, such exposure may be curtailed.

toujours gravement préjudiciable aux enfants lors d'une séparation ou d'un divorce.

L'enfant doit constituer le point de mire de l'analyse visant à déterminer son intérêt. Il ne s'agit pas simplement du droit de ne pas subir de préjudice important. Il s'agit du droit de l'enfant en cause de bénéficier des meilleurs arrangements possibles étant donné la situation des parties, en prenant en considération la large gamme des facteurs susceptibles d'influer sur son bien-être physique, spirituel, moral et affectif, ainsi que le milieu dans lequel il vit.

Lorsque se pose la question des restrictions à l'exercice du droit d'accès, l'intérêt de l'enfant doit être déterminé en fonction «de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation», comme l'exige la Loi. Il faut alors prendre en considération l'ensemble de ces circonstances. Rien dans la Loi n'indique que le préjudice devrait être le facteur déterminant. Adopter la norme du préjudice caractérisé serait donc déplacer l'accent qui doit être mis sur l'intérêt et faire porter à l'enfant le risque d'erreur, contrairement aux objectifs poursuivis par la Loi.

f Les témoignages d'experts, bien qu'utiles dans certains cas, ne sont pas systématiquement requis pour établir l'intérêt de l'enfant. De façon générale, il est possible de le déterminer à partir du témoignage des parties elles-mêmes et, dans certains cas, des enfants en cause.

g Les libertés de religion et d'expression sont des valeurs fondamentales que protège la *Charte*. Cependant, la norme de l'intérêt de l'enfant énoncée dans la *Loi sur le divorce* ne va pas à l'encontre des valeurs consacrées dans la *Charte*; elle est au contraire entièrement compatible avec les objectifs qui la sous-tendent. La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents survenant dans le cadre familial, pas plus qu'elle ne s'applique aux ordonnances que rendent les tribunaux en matière de garde et d'accès. S'il peut, certes, être valable d'exposer un enfant à des religions ou à des croyances différentes des parents, cette situation peut être limitée si elle devient source de conflit et n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

This brings us to the evidence in this case which led to the trial judge's order restricting the respondent's access.

### Application to the Case

At the outset, it must be remembered that this Court has always emphasized the caution with which an appellate court should interfere with the decision of a trial judge in custody matters. (See *Talsky v. Talsky, supra; Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696.) Because the trial judge has the inestimable advantage of observing the parties and assessing the witnesses first hand, such decisions should not be interfered with unless there is a gross distortion of the evidence or misapprehension of the relevant legal principles. As the foregoing discussion demonstrates, Proudfoot J. did not err in law as to the proper standard applicable to the case. She was entirely correct in holding that the only relevant consideration is the best interests of the child. The sole remaining question therefore, is whether there is evidence that the best interests of the children would be jeopardized by the respondent's unrestricted access to his children.

The majority of the Court of Appeal found no evidence of harm which would support the order made at trial. Even if I were to agree that some measure of harm must be demonstrated before the trial judge is entitled to restrict the respondent's religious activities with the children, a view I do not share, the evidence amply demonstrates the harm such religious activity has brought about. While the rationale underlying the right of access and the objective of maximum contact is to permit the relationship to flourish, in this case the contrary result has occurred, as it has antagonized the children.

I would begin by noting that the appellant has always favoured access by the respondent to his children. This is not an iota of evidence that the respondent's general rights of access were threatened. Rather, the only restrictions that were requested were aimed at reducing the area of con-

Cela nous amène à la preuve sur laquelle s'appuie, en l'espèce, l'ordonnance du juge de première instance restreignant le droit d'accès de l'intimé.

### Application à l'espèce

Rappelons, au départ, que notre Cour a toujours souligné la circonspection avec laquelle une juridiction d'appel devrait intervenir dans la décision d'un juge de première instance en matière de garde d'enfant. (Voir *Talsky c. Talsky*, précité; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696.) Étant donné que le juge de première instance a l'inestimable avantage d'observer directement les parties et d'évaluer les témoins, sa décision ne devrait pas être modifiée, sauf en cas de distorsion grossière de la preuve ou d'incompréhension des principes juridiques pertinents. Ainsi qu'il appert de l'analyse précédente, le juge Proudfoot n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la norme applicable en l'espèce. Elle avait tout à fait raison d'affirmer que l'unique facteur pertinent était le meilleur intérêt de l'enfant. La seule question qui reste à décider, par conséquent, est celle de savoir si la preuve indique que le meilleur intérêt des enfants serait mis en péril par l'octroi à l'intimé d'un droit d'accès illimité.

La Cour d'appel, à la majorité, a estimé qu'il n'existant aucune preuve de préjudice caractérisé venant appuyer l'ordonnance prononcée en première instance. Or, même si j'étais d'accord pour exiger que soit démontré un certain préjudice avant que le juge puisse restreindre les activités religieuses de l'intimé avec les enfants, opinion que je ne partage pas, ce préjudice est amplement établi par la preuve. Quoique le droit d'accès et l'objectif d'un maximum de contact visent à permettre à la relation de s'épanouir, c'est le contraire qui s'est produit en l'espèce puisqu'en est résulté l'aversion des enfants.

Je noterais d'abord que l'appelante a toujours favorisé l'accès de l'intimé auprès de ses enfants. Il n'existe pas la moindre preuve que les droits d'accès de l'intimé aient été généralement menacés. Les seules restrictions demandées visaient plutôt à atténuer le conflit qu'avait engen-

flict which had arisen on account of the respondent's behaviour with his children during access.

Although the respondent characterizes this litigation as an attack on his religious freedom, those beliefs are not at risk, as the restrictions place no limits on the respondent's ability to engage in religious practices himself. It is the effect of his practices on the best interests of his three daughters that is in question here.

In reaching her decision about the impact of these practices on the children, the trial judge relied in large measure on the reports of the two witnesses for the court, Donna MacLean, the family court counsellor whom she found to be thorough and highly credible in both her reports and testimony, and Dr. Williams, a psychologist.

In his first report, dated November 28, 1988, Dr. Williams found that the major obstacle to smooth access was the matter of religion. He found that the children were not significantly distressed by the issue at that time, but regarded it as a potential problem in the future. He stated:

I see Natalie as being particularly vulnerable to such issues in light of the dynamics of her personality as well as her age. As such, in my judgement some agreement and/or understanding will need to be arrived at as to the degree of religious dogma to which Mr. Young can expose the children, bearing in mind that such beliefs and related activities are anathema to Mrs. Young.

In his assessment the following year (September 22, 1989), he reported that, although they were continuing to deal with the separation adequately, the children were under increasing pressure regarding family issues. They expressed antagonism to their father, no longer trusted him and generally did not view him in a positive light. They were firmly opposed to attending religious services or being schooled in the tenets of his beliefs. The expert found that they were under stress from the religious issue and ongoing litigation and conveyed a need to get it settled in order to get on

dré la conduite de l'intimé avec les enfants lors de l'exercice de son droit d'accès.

Bien que l'intimé ait qualifié le présent litige d'attaque à sa liberté de religion, ces croyances ne sont pas en danger étant donné que les restrictions imposées ne limitent en rien sa capacité de se livrer à des pratiques religieuses. C'est l'incidence de ses pratiques sur l'intérêt de ses trois filles qui est en cause en l'espèce.

Pour rendre sa décision concernant les répercussions de ces pratiques sur les enfants, le juge de première instance s'est fondée en grande mesure sur les rapports des deux experts auprès du tribunal, Donna MacLean, conseillère du tribunal de la famille dont elle a jugé le rapport et le témoignage hautement crédibles, ainsi que M. Williams, psychologue.

Dans son premier rapport, en date du 28 novembre 1988, M. Williams a conclu que le principal obstacle à aplanir dans l'exercice du droit d'accès était la religion. Il a estimé que les enfants n'étaient pas particulièrement troublées par cette question à l'époque, tout en considérant qu'il s'agissait d'un problème potentiel pour l'avenir. Il s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Je perçois Natalie comme une enfant particulièrement vulnérable sur ces questions, étant donné la dynamique de sa personnalité et son âge. Ainsi, à mon avis, il faudra arriver à un accord ou à une entente quant au degré auquel M. Young peut exposer les enfants à des dogmes religieux, compte tenu du fait que Mme Young a en abomination ces croyances et les activités qui s'y rapportent.

Dans son évaluation de l'année suivante (22 septembre 1989), M. Williams a signalé que les enfants continuaient à bien réagir à la séparation, mais qu'elles subissaient des pressions croissantes concernant des questions familiales. Elles manifestaient de l'hostilité à l'égard de leur père, ne lui faisaient plus confiance et, de façon générale, ne le voyaient plus sous un jour positif. Elles s'opposaient fermement à l'idée d'assister à des offices religieux ou de recevoir l'enseignement de sa foi. L'expert a estimé que la religion et les litiges incessants entre les parents leur faisaient subir un

with their lives. Dr. Williams found, with respect to the children's emotional and social foundation, that:

... I am of the opinion that it is in the best interests of the children that the dispute over tangible and philosophical/religious issues be settled conclusively . . . nothing has been broken and thus there is no apparent need for repair. If, however, the children are obliged to labor at length under the pressures they are presently experiencing a destabilizing influence — particularly in the case of Natalie — will likely be exerted.

Donna MacLean, in her report of January 30, 1989 essentially corroborated this finding. In the updated report of April 18, 1989, she noted that the children were unhappy with the access visits and that their relationship with their father was deteriorating because he was making the children feel guilty and uncomfortable by questioning them.

The trial judge also had access to the direct testimony of the two older children who wrote letters to the judge which are most revealing of their state of mind. From the letters, it is evident that both are afraid to disclose their thoughts about the visits to their father for fear that he will make them feel guilty. Adrienne, the eldest, wrote that she did not want to visit him or sleep overnight because she thinks he will trick her into doing things and quiz her about the Jehovah's Witness religion. She expressed frustration regarding access, visitation and the court proceedings, saying "It's driving me crazy." Natalie, the middle child, evinced considerable distress about the family situation, stating that her father makes her feel guilty and makes her cry when she wants to go home from access visits, and that she is afraid to tell him. She repeated that she wanted the court proceedings to be over.

In my opinion, this evidence amply demonstrates the stress the children were under, much of it related to the children's resistance to becoming involved in their father's religious practices. The trial judge can in no way be said to have erred in

stress et qu'elles manifestaient le désir que la question se règle afin qu'elles puissent reprendre leur vie normale. Voici ce qu'il a écrit à propos de la structure affective et sociale des enfants:

[TRADUCTION] . . . je suis d'avis qu'il est dans l'intérêt des enfants que le conflit entourant les questions religieuses, sur les plans concret et philosophique, soit réglé de façon définitive. [ . . . ] rien n'a été brisé et il n'y a donc rien à réparer. Si, toutefois, les enfants étaient obligées de supporter sur une longue période les pressions qu'elles vivent présentement, elles en subiraient vraisemblablement une influence déstabilisante, particulièrement dans le cas de Natalie.

Dans son rapport du 30 janvier 1989, Donna MacLean a pour l'essentiel corroboré cette conclusion. Dans une version mise à jour en date du 18 avril 1989, elle a noté que les enfants n'étaient pas heureuses de ces visites et que leur relation avec leur père se détériorait parce qu'il les faisait se sentir coupables et mal à l'aise par ses questions.

Le juge de première instance a également eu accès au témoignage direct des deux aînées qui lui ont écrit des lettres très révélatrices de leur état d'esprit. Il ressort nettement de ces lettres qu'elles craignent toutes les deux d'exprimer leurs sentiments à propos des visites chez leur père, de peur qu'il ne les fasse se sentir coupables. Adrienne, l'aînée, a écrit qu'elle ne voulait pas aller chez lui ou y passer la nuit parce qu'elle pensait qu'il utiliserait une astuce pour lui faire faire des choses et qu'il la presserait de questions au sujet de la religion des Témoins de Jéhovah. Elle a exprimé sa frustration à propos du droit d'accès, des visites et des procédures judiciaires, disant que [TRADUCTION] «cela [la] rendait folle». Natalie, la deuxième, s'est montrée grandement troublée par la situation familiale, affirmant que son père la fait se sentir coupable, qu'il la fait pleurer lorsqu'elle veut rentrer à la maison, et qu'elle a peur de le lui dire. Elle a répété qu'elle voulait que les procédures judiciaires cessent.

À mon avis, cette preuve témoigne amplement du stress subi par les enfants, en grande partie dû à la résistance qu'elles opposent aux pratiques religieuses auxquelles leur père veut les associer. On ne peut aucunement prétendre que le juge de pre-

finding that the best interests of these children were served by removing the source of conflict, particularly as the ultimate purpose of the restrictions was to preserve the relationship between the respondent and his children.

Moreover, there was evidence leading the trial judge to conclude that the respondent would not respect the wishes of the children without an order to do so. As the family court counsellor reported, "it is of concern that Mr. Young does not acknowledge the choice of the older children to remain with their mother". Proudfoot J. found as a fact that the respondent wanted custody in order to control the religious upbringing of the children. In other words, she found that his interest was not simply to share or communicate these beliefs; rather he fundamentally disagreed with allowing the appellant control over religious matters. This finding of fact is difficult to reconcile with the Court of Appeal's ruling that the trial judge was in error since, in their view, the respondent was bound to respect his children's wishes not to attend at his place of worship or accompany him on his proselytization efforts, which is exactly what the trial judge ordered. However, they discarded the evidence that the respondent was not willing to do so voluntarily. The trial judge had made a finding that the respondent could not be relied upon to act in the best interests of the children as regards his religious practices when exercising access. That finding should have been respected by the Court of Appeal.

In my opinion, the fact that the circumstances in this case were found by the Court of Appeal not to meet the harm threshold clearly demonstrates the difficulty, if not the impossibility, of reconciling such a standard with the best interests of the child even where experts testify, as they did in this case.

As the trial judge observed, the respondent was quite unconcerned with the conflict and stress on

mière instance s'est trompée en concluant qu'il était dans l'intérêt des enfants d'éliminer la source de conflit, compte tenu, en particulier, du fait que l'objectif ultime des restrictions était de préserver les liens entre l'intimé et ses enfants.

De plus, certains éléments de preuve ont amené le juge de première instance à conclure que l'intimé ne respecterait pas les désirs des enfants sans qu'une ordonnance soit prononcée à cette fin. Comme l'a dit la conseillère du tribunal de la famille dans son rapport, [TRADUCTION] «il n'est pas indifférent que M. Young ne reconnaît pas le choix des aînées de rester avec leur mère». Le juge Proudfoot a retenu comme prouvé que, en réalité, l'intimé désirait la garde pour contrôler l'éducation religieuse des enfants. En d'autres termes, elle a constaté que son intérêt n'était pas simplement de partager ou de communiquer ses croyances; la raison fondamentale, c'est qu'il n'acceptait pas que l'appelante décide des questions à caractère religieux. Cette conclusion de fait est difficile à concilier avec la conclusion des juges de la Cour d'appel suivant laquelle le juge de première instance a commis une erreur parce que, à leur avis, l'intimé respecterait à coup sûr le désir de ses enfants de ne pas se rendre à son lieu de culte ou de ne pas l'accompagner dans son prosélytisme, ce que précisément le juge de première instance avait ordonné. La Cour d'appel a toutefois écarté les éléments de preuve établissant que l'intimé n'était pas disposé à se conformer volontairement à ces désirs. Le juge de première instance avait pourtant conclu qu'on ne pouvait se fier à l'intimé pour agir dans l'intérêt des enfants en ce qui concerne les pratiques religieuses auxquelles il se livrait pendant l'exercice de son droit d'accès. La Cour d'appel aurait dû respecter cette conclusion.

À mon avis, le fait que la Cour d'appel a estimé que les circonstances de l'espèce ne satisfaisaient pas à la norme du préjudice caractérisé démontre clairement la difficulté, sinon l'impossibilité, de concilier cette norme avec l'intérêt de l'enfant, même lorsque des experts témoignent, comme ce fut le cas en l'espèce.

Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, l'intimé s'est montré peu soucieux du

the children caused by the pursuit of his own religious interests. At the same time as he found the resources to press his claims to religious rights, he apparently did not find the payment of maintenance a top priority. Upon reading the evidence, I cannot disagree with the trial judge that the respondent's concern with religious rights had clearly overtaken the practical realities of parenthood and overshadowed his larger responsibilities to his children in this case.

conflit et du stress que causait aux enfants la poursuite de ses propres intérêts en matière religieuse. Au moment même où il trouvait les ressources nécessaires pour faire valoir ses prétentions en la matière, il estimait apparemment que le paiement de la pension alimentaire ne constituait pas une priorité essentielle. Au vu de la preuve, je ne puis être en désaccord avec le juge de première instance lorsqu'elle estime que les préoccupations de l'intimé quant à ses droits en matière de religion l'avaient clairement emporté sur les réalités pratiques de la paternité et avaient relégué dans l'ombre les autres responsabilités importantes qu'il a envers ses enfants en l'espèce.

Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the joint reasons of my colleagues Justices Cory and Iacobucci. They invite the following comments.

First, as to the first part of the trial judge's order, contrary to their affirmation, the issue is not moot. It is precisely because the trial judge found, as a fact, that the respondent could not be trusted for the reasons she outlined, that she issued that order. How can a court of appeal reverse those findings of fact, and yet, on the same facts, affirm that such an order is no longer necessary, particularly when the court of appeal has not indicated where the trial judge has erred in her assessment of those facts?

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion de lire les motifs conjoints de mes collègues les juges Cory et Iacobucci qui invitent les commentaires suivants.

D'abord, pour ce qui est de la première partie de l'ordonnance du juge de première instance, contrairement à ce qu'ils affirment, la question n'est pas théorique. C'est précisément parce que le juge de première instance a tiré comme conclusion de fait qu'on ne pouvait pas faire confiance à l'intimé, pour les motifs qu'elle a exposés, qu'elle a rendu cette ordonnance. Comment une cour d'appel peut-elle infirmer cette conclusion de fait et, pourtant, se fondant sur les mêmes faits, affirmer qu'une telle ordonnance n'est plus nécessaire, surtout lorsque la cour d'appel n'a pas indiqué où se trouve l'erreur du juge de première instance dans l'appréciation de ces faits?

As to the second part of the order, my colleagues assert that the best interests test does not support an order preventing the respondent from discussing religion with his children, on the ground that it is (at p. 110) "difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders". Otherwise, they suggest, a non-custodial parent who espouses a theory of evolution would be ordered, under the best interests test, not to discuss or explain his or her views to a child in the custody of a parent who is a member of a fundamentalist religion.

Quant à la deuxième partie de l'ordonnance, mes collègues font valoir que le critère de l'intérêt de l'enfant ne justifie pas une ordonnance interdisant à l'intimé de discuter de religion avec ses enfants parce qu'il est «difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire» (p. 110). Dans le cas contraire, disent-ils, un parent n'ayant pas la garde qui embrasse la théorie de l'évolution se verrait interdire, en vertu du critère de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec un enfant sous la garde d'un parent membre d'une religion fondamentaliste.

However, this scenario has nothing to do with the facts of this case. With respect, to equate the two scenarios is to misapprehend fundamentally the focus of the best interests test. It is not the fact that the parents differ in their fundamental beliefs that warrants the restrictions in this case. It is the finding of fact made by the trial judge, on the basis of evidence she found credible, that continuing conflict over religion, including the respondent's repeated attempts to discuss religious matters with the children against their clearly expressed desires, profoundly disturbed the children and was contrary to their best interests. At the time of trial, the respondent was not engaging in other religious activities with the children, as they had already been curtailed by the interim order almost a year and a half earlier. Therefore, it is precisely these continuing "discussions" that were disturbing the children, causing the deterioration of their relationship with their father and which, therefore, had to be curtailed.

I wish to emphasize two points. As I thought I made clear earlier in my reasons, a child's exposure to different parental faiths or beliefs may generally be of value and even of great value; there is no presumption that such exposure is not in the best interests of the child. Rather, the contrary is true. Second, as I also emphasized earlier, generous and unrestricted access should be favoured except where it is not in the best interests of the child. Hence, restrictions such as the trial judge found to be required in the second part of her order will be rare indeed and there is no reason to suppose that, absent a threat to the best interests of the child, any question of such restrictions will arise. However, it is important to acknowledge that in those rare cases where parents cross the line and engage in conduct which constitutes, in the words of my colleagues at p. 110, "indoctrination, enlistment or harassment", courts have a duty to intervene in the best interests of children. The evidence strongly suggests that this is just such a case and that is the finding of the trial judge. In my view,

Ce scénario n'a, cependant, rien à voir avec les faits de l'espèce. Avec égards, établir un parallèle entre les deux scénarios constitue une méprise fondamentale quant à l'élément essentiel du critère de l'intérêt de l'enfant. Ce n'est pas le fait que les parents aient des croyances fondamentales différentes qui justifie les restrictions en l'espèce. C'est la conclusion de fait, tirée par le juge de première instance à partir d'éléments de preuve qu'elle a estimé crédibles, selon laquelle le conflit continu quant à la religion, notamment les tentatives répétées de l'intimé de discuter de sujets religieux avec les enfants contre leur volonté clairement exprimée, perturbait profondément les enfants et était contraire à leur intérêt. À l'époque du procès, l'intimé ne pratiquait pas d'autres activités religieuses avec les enfants, car cela lui avait déjà été interdit par l'ordonnance intérimaire rendue presque un an et demi auparavant. Par conséquent, c'est précisément ces «discussions» continues qui perturbaient les enfants, causant la détérioration de leur relation avec leur père, qui ont dû être interdites.

Je voudrais souligner deux points. D'abord, comme je crois l'avoir dit clairement dans mes motifs, exposer un enfant à différentes fois et croyances des parents peut généralement être valable et même très valable; il n'existe pas de présomption qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant qu'il y soit ainsi exposé. C'est plutôt le contraire qui est vrai. Deuxièmement, comme je l'ai déjà signalé, il y a lieu de favoriser un droit d'accès généreux et large, sauf lorsque cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. De là vient que les restrictions comme celles que le juge de première instance a estimées nécessaires dans la deuxième partie de son ordonnance seront rares, et il n'y a aucune raison de supposer que, en l'absence de menace à l'intérêt de l'enfant, la question de ces restrictions se posera. Cependant, il est important de reconnaître que, dans les rares cas où des parents abusent et ont une conduite qui s'apparente, selon l'expression de mes collègues, à la p. 110, «à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement», les tribunaux ont le devoir d'intervenir dans l'intérêt des enfants. La preuve montre que c'est précisément ce qui se produit ici et c'est ce qu'a conclu le juge de première instance. À mon avis, il faut

these findings of fact must be respected absent, as here, an error in the applicable principles.

In the result, I would allow the appeal and restore the order at trial, the whole with costs throughout. I would answer the constitutional questions in the negative.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleagues Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin and I find myself in agreement with McLachlin J. as to the disposition of the appeal and with most of her reasons. While I agree with McLachlin J. that the ultimate determination in deciding issues of custody and access is the "best interests of the child test", it must be reconciled with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. General language in a statute which, in its breadth, potentially confers the power to override *Charter* values must be interpreted to respect those values. See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. It cannot be done the other way around and allow the best interests test in its broadest interpretation to read down *Charter* rights so as to accommodate this interpretation.

respecter ces conclusions de fait vu l'absence d'erreur quant aux principes applicables.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue en première instance, le tout avec dépens dans toutes les cours. Je répondrais aux questions constitutionnelles par la négative.

*b* Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et je suis d'accord avec le juge McLachlin quant à la manière de régler le pourvoi et avec la majeure partie de ses motifs. Bien que je convienne avec le juge McLachlin que le critère ultime dans les questions de garde et d'accès est celui de «l'intérêt de l'enfant», celui-ci doit être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs. Voir l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Il n'est pas possible de renverser la proposition et de faire en sorte que le critère de l'intérêt dans son interprétation la plus large atténue les droits que confère la *Charte* de façon à permettre cette interprétation.

À mon avis, il est plus facile de concilier le critère que prévoit le par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), et le droit conféré par la *Charte* visé en l'espèce, c.-à-d. la liberté d'expression religieuse, par une interprétation du critère de l'intérêt qui permet que le droit ne soit écarté que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde. La valeur à long terme que représente pour un enfant une relation valable avec ses parents est un principe confirmé par la *Loi sur le divorce*. Il en découle que chaque parent doit pouvoir exercer les activités qui contribuent à l'identifier tel qu'il est vraiment. Le parent ayant le droit d'accès ne doit pas jouer un rôle ou adopter

In my view, the test in s. 16(10) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), and the *Charter* right involved in this case, namely freedom of religious expression, can best be reconciled by interpreting the best interests test to allow the right to be overridden only if its exercise would occasion consequences that involve more than inconvenience, upset or disruption to the child and incidentally to the custodial parent. The long-term value to a child of a meaningful relationship with both parents is a policy that is affirmed in the *Divorce Act*. This means allowing each to engage in those activities which contribute to identify the parent for what he or she really is. The access parent is not expected to act out a part or assume a phony lifestyle during access periods. The policy favouring activities that promote a meaningful

relationship is not displaced unless there is a substantial risk of harm to the child.

In this regard, I agree with Wood J.A. in the Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1. In his reasons he states, at p. 96:

I believe the whole of s. 16 of the Divorce Act of 1985, when properly construed, reflects the modern view that the best interests of a child are more aptly served by a law which recognizes the right of that child to a meaningful post-divorce relationship with both parents. That construction in turn requires that the distribution of "rights", between the custodial and the access parent, be such as to encourage such a relationship. And such a construction is inconsistent with the full-blooded traditional notion of guardianship which would give the custodial parent the absolute right to exercise full control over the child even when the other parent is exercising his or her right of access.

"Harm" is a term which in this context connotes an adverse effect on the child's upbringing that is more than transitory. The impugned exercise by the access parent must be shown to create a substantial risk that the child's physical, psychological or moral well-being will be adversely affected. Exposure to new experiences and ideas may upset children and cause them considerable discomfort. Anything from starting school to having to go to bed may evoke a strong emotional response. This does not mean that these experiences are not in the long-term best interests of the child. Similarly, conflict between parents on many matters including religion is not uncommon, but in itself cannot be assumed to be harmful unless it produces a prolonged acrimonious atmosphere.

I would, therefore, go a step further than my colleague McLachlin J. and conclude that what is in the best interests of the child is the generally applicable test, but in its application to restrict religious expression, risk of substantial harm is not only an important factor but also must be shown.

<sup>a</sup> un faux mode de vie pendant les périodes d'accès. Le principe qui encourage les activités susceptibles d'entraîner une relation valable n'est pas écarté à moins qu'il n'y ait un risque important de préjudice pour l'enfant.

<sup>b</sup> À cet égard, je fais mienne l'opinion du juge Wood de la Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, qui dit dans ses motifs, à la p. 96:

[TRADUCTION] Je crois que si on l'interprète correctement, l'art. 16 de la Loi sur le divorce de 1985, dans son ensemble, exprime la conception moderne selon laquelle l'intérêt de l'enfant est mieux servi par une règle qui reconnaît son droit d'avoir, après le divorce, une relation valable avec ses deux parents. Cette interprétation exige, en retour, que le partage des «droits» entre le parent qui a la garde et celui qui a le droit d'accès soit tel qu'il encourage cette relation. Cette interprétation est incompatible avec la pure notion traditionnelle en vertu de laquelle le parent ayant la garde jouit d'un contrôle absolu sur l'enfant, même lorsque l'autre parent exerce son droit d'accès.

<sup>c</sup> <sup>e</sup> Le terme «préjudice», dans le contexte, sous-entend un effet néfaste sur la manière d'élever l'enfant qui est plus que transitoire. Il faut démontrer que l'activité contestée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste. Le fait d'exposer un enfant à de nouvelles expériences et à de nouvelles idées peut le déranger et lui causer un désagrément considérable. N'importe quoi, que ce soit entrer à l'école ou aller au lit, peut donner lieu à une forte réaction émotive. Cela ne veut pas dire que ces expériences ne sont pas, à long terme, dans l'intérêt de l'enfant. De même, un conflit entre les <sup>f</sup> parents sur un grand nombre de questions, dont la religion, n'est pas inhabituel, mais en soi il ne peut être présumé préjudiciable à moins qu'il ne crée un climat d'acrimonie prolongé.

<sup>i</sup> <sup>j</sup> Par conséquent, j'irais plus loin que ma collègue le juge McLachlin et j'estime que ce qui est dans l'intérêt de l'enfant est généralement le critère applicable, mais lorsqu'on l'applique pour restreindre l'expression religieuse, le risque de préjudice grave est non seulement un facteur important, mais il faut aussi démontrer qu'il existe.

Interpreted in this way, the statutory test in s. 16(10) of the *Divorce Act* does not constitute a limitation on freedom of religious expression. As my colleague points out, this freedom does not extend to protect conduct which is harmful to others. I would not, however, adopt her expansion of the term "injure" as used in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, to arrive at the conclusion that anything that is not in the best interests of the child (on the basis of her definition of this test) is subtracted from the *Charter* right involved.

I would dispose of the appeal and the constitutional questions as proposed by McLachlin J.

The following are the reasons delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — We have read with great interest the excellent reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin. We are in agreement with their conclusions that the best interests of the child standard provided in ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), does not violate ss. 2(a), (b) and (d), and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* substantially for the reasons given by our colleagues. In this respect, however, we wish to refrain from expressing any opinion on McLachlin J.'s discussion of whether, if an infringement of the *Charter* were found, such an infringement would be so trivial as not to warrant *Charter* protection. We similarly wish to reserve our views on the question discussed by L'Heureux-Dubé J. of whether or not the *Charter* applies to judicial orders made in custody or access proceedings.

We agree, again for many of the reasons she advances, with L'Heureux-Dubé J. that the issue of access to children should be determined on the basis of what is in the best interests of the child. In that respect, we also agree with both our colleagues that expert evidence is, while admittedly helpful in some cases, not always necessary to establish the best interests of the child; that question can be determined normally from the evidence

Si on l'interprète de cette façon, le critère prévu au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne constitue pas une limite à la liberté d'expression religieuse. Comme le souligne ma collègue, cette liberté ne peut être invoquée pour protéger une conduite qui est préjudiciable pour les autres. Toutefois, je ne souscris pas à l'extension qu'elle fait du terme «léser» utilisé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, pour arriver à la conclusion que tout ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant (sur le fondement de sa définition de ce critère) est exclu du droit en cause protégé par la *Charte*.

Je suis d'avis de régler le présent pourvoi ainsi que les questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Nous avons lu avec beaucoup d'intérêt les excellents motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Nous partageons leur conclusion que la norme de l'intérêt de l'enfant établie aux par. 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), ne viole ni les al. 2a), b) et d) ni l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en grande partie pour les motifs exposés par nos collègues. À cet égard, cependant, nous nous abstenons de formuler une opinion sur l'analyse du juge McLachlin quant à savoir, dans l'éventualité où l'on conclurait à une violation de la *Charte*, si une telle violation serait banale au point de ne pas mériter la protection de la *Charte*. De même, nous ne voulons pas formuler d'opinion sur la question, analysée par le juge L'Heureux-Dubé, de savoir si la *Charte* s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès.

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, pour la plupart des motifs qu'elle expose, que la question de l'accès auprès des enfants devrait être tranchée sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. À cet égard, nous partageons également l'avis de nos deux collègues que, bien que son utilité soit reconnue dans certains cas, la preuve d'expert n'est pas toujours nécessaire pour établir l'intérêt de l'enfant. Normalement, cette

of parties themselves and the testimony, where appropriate, of the children concerned.

question peut être tranchée à partir des éléments de preuve présentés par les parties elles-mêmes et, lorsque cela est approprié, du témoignage des enfants concernés.

a

We note that the majority of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, held that the matters of the children attending religious services with the respondent and accompanying him on his proselytizing activities were resolved by the respondent's undertaking to respect his children's wishes in this regard. This leaves as the only remaining issue, whether the order forbidding the respondent from discussing his religion is valid. On this point, we agree with McLachlin J. that a proper application of the best interests of the child test does not support such an order. We find it difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations or exchanges between a parent and child should be rarely ordered in our view. To take an example, suppose custodial Parent A is a member of a fundamentalist religion and access Parent B is a scientist who espouses the pure Darwinian theory of evolution. We find it unacceptable that Parent B should be ordered, under the rubric of the best interests of the child test, not to discuss or explain his views to his child as opposed to being forbidden from indoctrinating or otherwise undermining the religious choice made by the custodial parent for the child or children involved. Surely the best interests of the child test embraces genuine discussion of religious belief as opposed to indoctrination, enlistment or harassment having the aim or effect of undermining the religious decision made by the custodial parent.

On the property, monetary, and costs issues, we agree with the reasons of McLachlin J. and would dispose of the appeal in the manner proposed by her.

Nous remarquons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, a conclu, à la majorité, que les questions de l'assistance des enfants à des offices religieux avec l'intimé et de leur participation à ses visites de prosélytisme ont été réglées par l'engagement de l'intimé à respecter les désirs de ses enfants à cet égard. La seule question à trancher est donc de savoir si l'ordonnance qui interdit à l'intimé de discuter de sa religion est valide. Sur ce point, nous partageons l'opinion du juge McLachlin que, bien appliquée, la norme de l'intérêt de l'enfant ne justifie pas une telle ordonnance. Il nous est difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou informels entre un parent et son enfant devrait, à notre avis, être rarement ordonnée. Supposons, par exemple que A, parent qui a la garde, est membre d'une religion fondamentaliste et que B, parent jouissant d'un droit d'accès, est un scientifique qui embrasse la théorie darwinienne pure de l'évolution. Nous estimons inacceptable qu'il faille interdire à B, en vertu de la norme de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec son enfant ou de les expliquer, par opposition à lui interdire de l'endoctriner ou de miner d'autre façon le choix religieux qu'a fait le parent qui a la garde pour le ou les enfants en cause. L'intérêt de l'enfant englobe certainement une discussion franche sur la croyance religieuse, par opposition à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement qui a pour objectif de miner la décision du parent qui a la garde sur la question de la religion.

Pour ce qui est des questions relatives aux biens, à l'argent et aux dépens, nous sommes d'accord avec les motifs du juge McLachlin et trancherions le pourvoi de la manière qu'elle propose.

The following is the judgment delivered by

MCLACHLIN J. — This case raises the question whether a divorced parent, who does not have custody, should be able to offer his children his religious views over the objection of the custodial parent. This issue raises, in turn, the question of the place of the “best interests of the child” standard in the Canadian constitutional system.

### The Background

Mr. and Mrs. Young were married in 1974. They had three daughters. In 1987 the Youngs separated. Mrs. Young took custody of the children; Mr. Young had access, subject to court-imposed restrictions following from Mrs. Young’s objection to his religious activity with the children.

The separation was marked by a protracted series of court battles. It is unnecessary to detail the many disputes over which the parties joined issue before the case finally came on for trial. Suffice it to say that one of those issues was the disagreement between the parents over which religious activities Mr. Young might appropriately undertake with his daughters. Mrs. Young was brought up in the Anglican church. She expressed a wish that her children be brought up in the United Church, although the evidence suggests that religion, particularly organized religion, does not play an important role in the life of Mrs. Young. Mr. Young converted to the Jehovah’s Witness faith two years prior to separation from his spouse. He wished, at the very least, to communicate his faith to his children. To this end, he read bible stories, and discussed his beliefs with his children during his periods of access. He also questioned them about religious matters during these periods.

The evidence shows that the elder two daughters like their father but, as time went on, came to dislike his religious instruction. There was evidence that by exposing his elder children to his religious beliefs, Mr. Young was damaging his relationship with his children and contributing to the stress the

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne divorcée, qui n’a pas la garde de ses enfants, devrait avoir la possibilité de leur faire partager ses opinions religieuses malgré l’opposition du parent qui en a la garde. Cette question soulève à son tour celle de la place que tient le critère de «l’intérêt de l’enfant» dans le régime constitutionnel canadien.

### Historique

Monsieur et M<sup>me</sup> Young se sont mariés en 1974. Ils ont eu trois filles. Ils se sont séparés en 1987. Madame Young a eu la garde des enfants; M. Young avait accès auprès d’elles, sous réserve des restrictions imposées par le tribunal à la suite de l’opposition de M<sup>me</sup> Young à ses activités religieuses avec les enfants.

La séparation a été marquée par une longue série de batailles judiciaires. Il n’est pas nécessaire d’exposer en détail les nombreux points de conflit sur lesquels les parties ont lié contestation avant que l’affaire puisse finalement être instruite. Qu’il suffise de dire que l’un de ces points était le désaccord des parents sur les activités religieuses que M. Young pourrait légitimement avoir avec ses filles. Madame Young a été élevée dans la religion anglicane. Elle désirait que ses enfants soient élevés dans la foi de l’Église Unie, bien que, d’après la preuve, la religion, en particulier la religion organisée, ne semble pas jouer un rôle important dans sa vie. Quant à M. Young, il est devenu un adepte des Témoins de Jéhovah deux ans avant la séparation. Il souhaitait tout au moins communiquer sa foi à ses enfants. Dans ce but, il leur lisait des histoires tirées de la Bible et leur parlait de ses croyances pendant les périodes où il exerçait son droit d’accès. Il les interrogeait également sur des sujets religieux.

Il ressort de la preuve que les deux aînées aiment leur père mais que, graduellement, elles se sont mises à détester son enseignement religieux. Il appert également qu’en les exposant ainsi à ses croyances religieuses, M. Young a altéré les relations qu’il avait avec elles et a contribué au stress

children were experiencing in adjusting to their parent's separation. On the other hand, the evidence also established that the children were functioning in an entirely normal fashion, suggesting that neither their mental nor physical health had been adversely affected by the dispute between their parents over Mr. Young's religious instruction, or by that instruction itself.

The trial judge granted custody of the children to Mrs. Young and access to Mr. Young. But Mr. Young's access was again restricted by court order. The order provided that Mr. Young not discuss the Jehovah's Witness religion with the children, not take them to any religious services, canvassing or meetings, and not expose the children to religious discussions with third parties without the prior consent of Mrs. Young. Both parties were ordered not to make adverse remarks about the other's beliefs. Mr. Young was also enjoined from preventing blood transfusions for the children, should the need arise. The basis of the order was the trial judge's finding (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, at p. 211, that "the religious conflict [between the parents] was causing a problem for the children." She wrote at p. 215:

There will be certain restrictions because that is necessary to protect the best interests of these children. That can only be done by putting an end to this religious conflict. The respondent has become so involved in enforcing his rights he has completely overlooked the welfare of the children. The respondent can have a meaningful relationship with his children without promoting his religious beliefs . . . If the respondent is seriously interested in retaining a relationship with his children, he will have no difficulty abiding by the restrictions I propose to place on him when he has access.

The trial judge also made orders for the distribution of property and for costs which are considered later in these reasons.

Mr. Young appealed. The Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, Southin J.A. dissenting in part, set aside the limitations on religious discussion and attendance, on the ground that it is in

que l'adaptation à la séparation de leurs parents leur a fait subir. Toutefois, il ressort également de la preuve que les enfants avaient un comportement tout à fait normal, ce qui donne à penser que ni leur santé mentale ni leur santé physique n'ont été affectées par la dispute de leurs parents à propos de l'enseignement religieux de M. Young, ou par l'enseignement proprement dit.

Le juge de première instance a confié la garde des enfants à M<sup>me</sup> Young et accordé un droit d'accès à M. Young, sous réserve encore là de certaines restrictions. L'ordonnance de la cour enjoignait à M. Young de ne pas discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, de ne pas les amener à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, et de ne pas les mêler à des débats religieux avec des tierces personnes sans le consentement préalable de M<sup>me</sup> Young. Les deux parties devaient s'abstenir de toute remarque désobligeante sur les croyances de l'autre. Défense était également faite à M. Young de s'opposer à des transfusions sanguines en cas de besoin. Le juge de première instance (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, à la p. 211, s'est fondée sur la conclusion que [TRADUCTION] «le conflit religieux [entre les parents] causait un problème pour les enfants». Elle a écrit, à la p. 215:

[TRADUCTION] Certaines restrictions s'imposent vu la nécessité de protéger l'intérêt des enfants. On ne peut en effet y parvenir qu'en mettant un terme à ce conflit religieux. L'intimé est devenu tellement obnubilé par l'idée de faire valoir ses droits qu'il en a complètement oublié le bien-être des enfants. Il peut avoir une relation valable avec elles sans faire la promotion de ses convictions religieuses. [ . . . ] Si l'intimé est vraiment intéressé à conserver une relation avec ses enfants, il n'aura pas de mal à se conformer aux restrictions auxquelles j'entends assujettir son droit d'accès.

Le juge de première instance a également prononcé, relativement au partage des biens et aux dépens, des ordonnances, que j'examinerai plus loin.

Monsieur Young a interjeté appel. La Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, le juge Southin étant dissidente en partie, a annulé les restrictions visant les discussions religieuses et la participation

the best interests of children that they come to know their non-custodial parent fully, including his or her religious beliefs. The majority concluded, at p. 108, that restrictions should not be placed on the freedom of an access parent to discuss religion with his or her child, or to involve the child in religious activities, unless either "the existence of, or the potential for, real harm" to the child was established on the evidence, or the evidence established that the child did not consent to being subject to the access parent's views or practices. The Court of Appeal also altered the division of property and the awards of costs made by the trial judge. Mrs. Young appeals these rulings to this Court. I will consider each issue in turn.

#### A. The Limitations on Mr. Young's Access

##### 1. *The Constitutional Validity of the Best Interest of the Child Standard*

The *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), provides that a court shall abide by the following matters in deciding questions of custody and access:

16. . . .

(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.

(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. [Emphasis added.]

The courts are to heed the following provision in s. 17 when varying a custody order made under s. 16:

à des activités religieuses pour le motif qu'il est dans l'intérêt des enfants d'apprendre à connaître pleinement celui de leurs parents qui n'en a pas la garde, ce qui comprend ses croyances religieuses.

a Les juges formant la majorité ont conclu, à la p. 108, qu'on ne devrait pas limiter la liberté du parent exerçant son droit d'accès de discuter de religion avec son enfant, ou de le faire participer à des activités religieuses, à moins que la preuve n'établisse [TRADUCTION] «l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel» pour l'enfant ou le non-consentement de celui-ci à être ainsi exposé aux opinions et aux pratiques du parent ayant le droit d'accès. La Cour d'appel a également modifié le partage des biens et les dépens ordonnés par le juge de première instance. Madame Young se pourvoit de ces décisions devant notre Cour. J'examinerai chacune de ces questions séparément.

d A. Les restrictions imposées au droit d'accès de M. Young

e 1. *La constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant*

f La *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), prévoit qu'en décidant des questions relatives à la garde et au droit d'accès, le tribunal tient compte des facteurs suivants:

16. . . .

g (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.

h (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. [Je souligne.]

j Lorsqu'ils modifient une ordonnance de garde rendue conformément à l'art. 16, les tribunaux doivent se conformer à la disposition suivante de l'art. 17:

17. . .

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

Two questions arise. First, what does the "best interests of the child" test require? Second, does this test, properly understood, infringe upon the guarantees of freedom of religion, expression, association and equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? The sections of the *Charter* relevant to the case at bar read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(d) freedom of association.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The answers to the questions set out above depend upon an examination of what is meant by the "best interests of the child" test and the constitutional guarantees which are put in issue.

17. . .

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

Deux questions se posent. Premièrement, en quoi consiste le critère de «l'intérêt de l'enfant»? Deuxièmement, ce critère, bien compris, porte-t-il atteinte aux garanties de liberté de religion, d'expression et d'association, ainsi qu'aux garanties d'égalité énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*? Voici le texte des articles de la *Charte* applicables en l'espèce:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

d) liberté d'association.

15. (1) La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Pour répondre aux questions posées précédemment, il faut examiner ce que l'on entend par le critère de «l'intérêt de l'enfant» ainsi que les garanties constitutionnelles mises en cause.

(a) The Best Interests of the Child Test*The Historical Perspective*

The express rule that matters of custody and access should be resolved in accordance with the “best interests of the child” is of relatively recent origin. Under the common law regime of the 18th and 19th centuries the governing principle in a custody dispute was the rule of near-absolute paternal preference: see *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. The rule was defended on pragmatic grounds, including what was thought to be the general interest of children: see *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. In truth, the rule probably had more to do with the acceptance of the father’s dominant right in all family matters, which in turn found its roots in the notion of the inherent superiority of men over women.

The rule of paternal preference was displaced by a rule establishing in the mother a primary right to custody of a child of tender years: see, for instance, *An Act to Amend the Law relating to the custody of Infants*, S. Prov. Can. 1855, c. 126, s. 1. Later still there arose a presumption, in many foreign jurisdictions and to a more limited extent in Canada, of maternal preference: *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, *Kades v. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (Aust. H.C.); see also Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy” (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, and Allan Roth, “The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes” (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. This presumption, like the paternal preference rule, was justified on pragmatic grounds; the welfare of the child was the often cited reason for the presumption. So justified, the presumption carried the seeds of its own demise. Courts increasingly looked behind the preference to focus directly upon what was in the child’s interest, which was sometimes found to conflict with a maternal preference.

a) Le critère de l’intérêt de l’enfant*La perspective historique*

La règle exigeant expressément que les litiges en matière de garde et de droit d’accès soient tranchés conformément à «l’intérêt de l’enfants» est d’origine relativement récente. Aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, le principe directeur en common law voulait qu’on accorde au père une préférence quasi absolue: voir *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. La règle était fondée sur des considérations pragmatiques, dont ce qui était réputé être l’intérêt général des enfants: voir *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. En vérité, cette règle se rattachait probablement davantage à la reconnaissance du droit prééminent du père sur toutes les questions familiales, droit qui trouvait lui-même ses origines dans la notion de supériorité inhérente des hommes sur les femmes.

La règle de la préférence accordée au père a été remplacée par la règle établissant le droit premier de la mère à la garde des enfants en bas âge: voir, à titre d’exemple, *Acte pour amender la loi relative à la garde des enfants en bas âge*, S. Prov. Can. 1855, ch. 126, art. 1. S’est ensuite imposée, dans de nombreux ressorts étrangers et de façon plus limitée au Canada, une présomption en faveur de la mère: *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, et *Kades c. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (H.C. Aust.); voir également Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, et Allan Roth, «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes» (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. À l’instar de la règle accordant la préférence au père, la justification de cette présomption reposait sur des considérations pragmatiques, le bien-être de l’enfant étant souvent invoqué à son appui. Ainsi justifiée toutefois, la présomption portait en elle le germe de sa propre disparition. De plus en plus, en effet, les tribunaux sont allés au-delà de la préférence pour s’attacher directement à l’intérêt de l’enfant, lequel venait parfois en conflit avec la règle de la préférence pour la mère.

By the 1970s, a number of western countries had accorded statutory recognition to a "best interests" or "welfare of the child" test. Questions relating to the weight to be given these interests, and the proper means of understanding these interests, remained. In England, the child's welfare is stipulated as the "first and paramount" consideration: *Guardianship of Minors Act, 1971* (U.K.), 1971, c. 3, s. 1. English jurisprudence indicates that the child's welfare has, in fact, become the sole consideration: *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. In Norway, decisions in respect of custody shall "mainly" (or "primarily") consider the interests of the child: *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, s. 34 (Law about Children and Parents, of April 7, 1981, no. 7, s. 34). In practice it appears that other criteria do not simply function as "tiebreakers" where the interests of the child would be equally well served by either parent, but can, in certain cases, determine the issue: see Jon Elster, "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child" (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; also Lucy Smith and Peter Lødrup, "The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway", in Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts* (1978).

Some variant of the best interests of the child test is in place in most American states, although in certain states the application of the test is delimited by a renewed concern that the debate be organized by certain presumptions, either a "primary caregiver" presumption, or a presumption in favour of the mother of a child of tender years: see David L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, and Roth, "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes", *supra*.

#### *The Wording of the Act*

Parliament has adopted the "best interests of the child" test as the basis upon which custody and

Dès les années 1970, un certain nombre de pays occidentaux avaient accordé une reconnaissance législative au critère de «l'intérêt» ou du «bien-être de l'enfant». On a toutefois continué de s'interroger sur le poids à accorder à cet intérêt et sur les moyens de le déterminer. En Angleterre, le bien-être de l'enfant est la considération [TRADUCTION] «première et primordiale»: *Guardianship of Minors Act, 1971* (R.-U.), 1971, ch. 3, art. 1. Selon la jurisprudence anglaise, le bien-être de l'enfant est, de fait, devenu l'unique considération: *J. c. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. En Norvège, les décisions en matière de garde doivent tenir compte [TRADUCTION] « principalement» (ou «primordialement») de l'intérêt de l'enfant: *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, art. 34 (Loi relative aux enfants et aux parents, 7 avril 1981, n° 7, art. 34). En pratique, il appert que d'autres critères ne servent pas seulement à départager lorsque l'intérêt de l'enfant serait tout aussi bien servi par le père que par la mère, mais qu'ils peuvent, dans certains cas, déterminer le résultat: voir Jon Elster, «Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child» (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; voir également Lucy Smith et Peter Lødrup, «The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway», dans Ian F. G. Baxter et Mary A. Eberts, dir., *The Child and the Courts* (1978).

Some variant of the best interests of the child test is in place in most American states, although in certain states the application of the test is delimited by a renewed concern that the debate be organized by certain presumptions, either a "primary caregiver" presumption, or a presumption in favour of the mother of a child of tender years: see David L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, and Roth, "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes", *supra*.

La plupart des États américains ont adopté des variantes du critère de l'intérêt de l'enfant, bien que, dans certains d'entre eux, l'application de ce critère soit marquée par le souci accru de circonscrire le débat autour de certaines présomptions, qu'il s'agisse d'une présomption en faveur du «principal pourvoyeur de soins», ou en faveur de la mère de l'enfant en bas âge: voir David L. Chambers, «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, et Roth, «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes», *loc. cit.*

#### *Le texte de la Loi*

Le législateur a fait de «l'intérêt de l'enfant» le critère en vertu duquel doivent être tranchés les

access disputes are to be resolved. Three aspects of the way Parliament has done this merit comment.

First, the “best interests of the child” test is the *only* test. The express wording of s. 16(8) of the *Divorce Act* requires the court to look *only* at the best interests of the child in making orders of custody and access. This means that parental preferences and “rights” play no role.

Second, the test is broad. Parliament has recognized that the variety of circumstances which may arise in disputes over custody and access is so diverse that predetermined rules, designed to resolve certain types of disputes in advance, may not be useful. Rather, it has been left to the judge to decide what is in the “best interests of the child”, by reference to the “condition, means, needs and other circumstances” of the child. Nevertheless, the judicial task is not one of pure discretion. By embodying the “best interests” test in legislation and by setting out general factors to be considered, Parliament has established a legal test, albeit a flexible one. Like all legal tests, it is to be applied according to the evidence in the case, viewed objectively. There is no room for the judge’s personal predilections and prejudices. The judge’s duty is to apply the law. He or she must not do what he or she wants to do but what he or she ought to do.

Third, s. 16(10) provides that in making an order, 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.” This is significant. It stands as the only specific factor which Parliament has seen fit to single out as being something which the judge must consider. By mentioning this factor, Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable, and that the judge should ensure that this contact is maximized. The modifying phrase “as is consistent with the best interests of the child” means that the goal of maximum contact of each parent with the child is not

litiges en matière de garde et de droit d'accès. Trois aspects de cette intervention législative méritent qu'on s'y arrête.

Premièrement, le critère de «l'intérêt de l'enfant» est le *seul* critère. Le paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce* prévoit expressément qu'en rendant une ordonnance de garde ou de droit d'accès, le tribunal *ne* doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant: les «droits» du père ou de la mère ainsi que les préférences pour l'un d'eux ne jouent donc aucun rôle.

Deuxièmement, il s'agit d'un critère large. Le législateur a reconnu que, dans les conflits entourant la garde et le droit d'accès, les circonstances varient tellement que des règles prédéterminées, visant à résoudre d'avance certains types de conflits, peuvent ne s'avérer d'aucune utilité. Il a plutôt laissé au juge le soin de décider quel est «l'intérêt de l'enfant», compte tenu «de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.» La tâche des tribunaux n'est pas, pour autant, purement discrétionnaire. En incorporant dans la loi le critère de «l'intérêt de l'enfant» et en précisant les facteurs généraux à prendre en considération, le législateur a établi un critère juridique, bien qu'il s'agisse d'un critère souple. Comme tous les critères juridiques, il doit être appliqué suivant la preuve au dossier, en toute objectivité. Il n'y a pas de place pour les préférences et les préjugés du juge. Son devoir est d'appliquer la loi; non pas d'agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire.

Troisièmement, le par. 16(10) dispose qu'en rendant une ordonnance, 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». Ces termes sont révélateurs. C'est le seul facteur que le législateur a choisi de soumettre expressément à l'attention du juge. Ce faisant, il a souligné l'importance qu'il accorde au contact avec chacun des parents et à la nécessité pour le juge de veiller à sa maximisation. Toutefois, la réserve qu'il introduit par les mots «compatible avec son propre intérêt» signifie que l'objectif d'établir le maximum de contact entre l'enfant et ses parents n'est pas absolu. Dans la mesure où ce

absolute. To the extent that contact conflicts with the best interests of the child, it may be restricted. But only to that extent. Parliament's decision to maintain maximum contact between the child and both parents is amply supported by the literature, which suggests that children benefit from continued access: Michael Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed* (1981), Robin Benians, "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children", in Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families* (1982).

Wood J.A. in the Court of Appeal, put the matter as follows at p. 93:

It seems to me that at the very least, by enacting this subsection [s. 16(10) of the *Divorce Act*], Parliament intended to facilitate a meaningful, as well as a continuing, post-divorce relationship between the children of the marriage and the access parent.

Without limiting the generality of the adjective "meaningful", such a relationship would surely include the opportunity on the part of the child to know that parent well and to enjoy the benefit of those attributes of parenthood which such person has to share. In most cases that would clearly be in the best interests of the child, and the best interests of the child, not parental rights, are the focus of the whole of s. 16 of the Act.

I would summarize the effect of the provisions of the *Divorce Act* on matters of access as follows. The ultimate test in all cases is the best interests of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors. One of the factors which the judge seeking to determine what is in the best interests of the child must have regard to is the desirability of maximizing contact between the child and each parent. But in the final analysis, decisions on access must reflect what is in the best interests of the child.

It follows from this that the proposition, put to us in argument, that the custodial parent should have the right to forbid certain types of contact between the access parent and the child, must fail. The custodial parent's wishes are not the ultimate

contact entre en conflit avec l'intérêt de l'enfant, il peut être assorti de restrictions. Mais seulement dans cette mesure. La décision du législateur de favoriser au maximum les contacts entre l'enfant et ses parents s'appuie largement sur les recherches effectuées en la matière, lesquelles concluent à l'effet bénéfique d'une continuité de l'accès: Michael Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed* (1981), Robin Benians, «Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children», dans Jo Tunnard, dir., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families* (1982).

Le juge Wood de la Cour d'appel a posé ainsi la question, à la p. 93:

[TRADUCTION] Il me semble qu'en édictant ce paragraphe [par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*], le législateur entendait, à tout le moins, faciliter après le divorce une relation valable et suivie entre les enfants à charge et celui des parents qui a le droit d'accès.

Sans que soit limité le sens général de l'adjectif «valable», une telle relation supposerait assurément l'occasion pour l'enfant de bien connaître ce parent et de bénéficier des attributs parentaux que celui-ci peut lui offrir. Dans la plupart des cas, il en irait clairement de l'intérêt de l'enfant, et c'est sur son intérêt, et non sur les droits des parents, qu'est axé l'ensemble des dispositions de l'art. 16.

Je résumerais l'effet des dispositions de la *Loi sur le divorce* en matière de droit d'accès de la façon suivante: dans tous les cas, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs. L'un de ces facteurs, que le juge qui cherche à déterminer l'intérêt de l'enfant doit prendre en considération, est l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents. En dernière analyse, toutefois, c'est l'intérêt de l'enfant que doivent refléter les décisions portant sur le droit d'accès.

Il s'ensuit qu'il faut rejeter l'argument selon lequel celui des parents qui a la garde devrait avoir le droit d'interdire certains types de contact entre l'enfant et celui qui a un droit d'accès. Les désirs du parent ayant la garde ne sont pas le critère

criterion for limitations on access: see *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 101. The only circumstance in which contact with either parent can be limited is where the contact is shown to conflict with the best interests of the child.

Risk of harm to the child is not a condition precedent for limitations on access. The ultimate determinant in every case must be the best interests of the child. Many decisions on access may involve no reference to harm. For example, a judge might conclude that it is not in the best interests of a child that he or she see the access parent every day on the ground that this would result in undue disruption to the child's schedule of activities. Again, a judge might conclude that it is in the best interests of the child that he or she move with the custodial parent to a distant location, notwithstanding that this will limit the access of the other parent. Optimum access may simply not be in the best interests of the child for a variety of circumstances.

On the other hand, in some cases the risk of harm may be a factor to be considered in determining what is in the child's best interests. For example, where the limits on access relate to the quality of the access — what the access parent may say or do with the child — the question of harm may become highly relevant. Given the interest of the child in coming to know his or her access parent as fully as possible, judges may well be reluctant to impose limits on what the access parent may say or do with the child in the absence of some evidence suggesting that the activity may harm the child. The legal test is not harm; the *Divorce Act* makes this clear. However, in some circumstances, the risk of harm to the child or the absence thereof may become an important factor to be considered. To this extent I agree with the Court of Appeal that, in determining whether religious discussions and activities between parent and child should be curtailed, it may well behoove the judge to enquire whether the proposed conduct poses a risk of harming the child. In doing so, the judge should bear in mind that conflict between parents over the access issue does not necessarily indicate harm, nor does the objection of the child necessarily

ultime en la matière: voir *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 101. Le seul cas où le contact avec l'un des parents peut être limité est celui où il y a conflit entre ce contact et l'intérêt de l'enfant.

Le risque que l'enfant subisse un préjudice n'est pas une condition préalable à la restriction du droit d'accès. Dans chaque cas, l'élément déterminant doit être l'intérêt de l'enfant. Souvent, la décision rendue en matière d'accès passera sous silence la question du préjudice. Ainsi, le juge pourrait conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt d'un enfant qu'il ou elle voie chaque jour le parent ayant le droit d'accès parce que cela perturberait indûment ses activités. Il pourrait aussi conclure qu'il est dans son intérêt qu'il ou elle déménage avec le parent qui en a la garde dans un endroit éloigné, même si cela doit limiter l'accès de l'autre parent. Suivant les circonstances, il se peut donc que l'accès optimal ne soit tout simplement pas dans l'intérêt de l'enfant.

En revanche, le risque de préjudice peut, dans certains cas, être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, lorsque les restrictions se rapportent à la qualité de l'accès — ce que le parent peut dire à l'enfant ou faire avec lui —, la question du préjudice peut devenir très pertinente. Étant donné l'intérêt de l'enfant à apprendre à connaître aussi bien que possible le parent ayant le droit d'accès, les juges pourraient fort bien se montrer réticents à imposer des limites à ce que celui-ci peut dire ou faire en l'absence de preuve d'un préjudice possible. Le critère juridique n'est pas le préjudice; cela ressort clairement de la *Loi sur le divorce*. Cependant, dans certaines circonstances, le risque de préjudice ou son absence peut s'avérer un important facteur à prendre en considération. Dans cette mesure, comme la Cour d'appel, j'estime que le juge appelé à déterminer s'il y a lieu de restreindre les discussions et les activités religieuses entre un parent et l'enfant peut fort bien s'enquérir du risque que la conduite proposée porte préjudice à l'enfant. Ce faisant, le juge devrait se rappeler que le conflit opposant les parents sur la question de l'accès n'est pas nécessairement l'in-

impose that conclusion. In some circumstances they may; in some they may not.

I conclude that the ultimate criterion for determining limits on access to a child is the best interests of the child. The custodial parent has no "right" to limit access. The judge must consider all factors relevant to determining what is in the child's best interests; a factor which must be considered in all cases is Parliament's view that contact with each parent is to be maximized to the extent that this is compatible with the best interests of the child. The risk of harm to the child, while not the ultimate legal test, may also be a factor to be considered. This is particularly so where the issue is the quality of access — what the access parent may say or do with the child. In such cases, it will generally be relevant to consider whether the conduct in question poses a risk of harm to the child which outweighs the benefits of a free and open relationship which permits the child to know the access parent as he or she is. It goes without saying that, as for any other legal test, the judge, in determining what is in the best interests of the child, must act not on his or her personal views, but on the evidence.

#### (b) The Constitutionality of the Test

The first question is whether the *Charter* applies. Because of my conclusion later in these reasons that valid orders under the "best interests of the child" standard cannot violate the *Charter*, I find it unnecessary to decide whether the *Charter* applies to an action for access under the *Divorce Act* between two parents. For the purposes of this section, I assume that it does.

The constitutional focus in this case centres on the guarantee of freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter* and the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. The guarantees of freedom of association and equality apply

dice d'un préjudice, non plus que les objections de l'enfant. Dans certaines circonstances, cela constituera effectivement l'indice d'un préjudice, alors que ce ne sera pas le cas dans d'autres circonsances.

J'en conclus que le critère ultime permettant de restreindre l'accès à un enfant est l'intérêt de celui-ci. Le parent gardien n'a aucun «droit» de limiter l'accès. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, le juge doit prendre en considération tous les facteurs pertinents, l'un d'eux étant toujours l'intention du législateur de maximiser le contact avec chacun des parents dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Bien que le risque de préjudice ne soit pas le critère juridique ultime, il peut aussi s'agir d'un facteur à considérer. Cela est particulièrement vrai lorsque le litige porte sur la qualité de l'accès — ce que le parent peut faire avec l'enfant ou lui dire. En pareil cas, il sera généralement pertinent de voir si la conduite en cause comporte pour l'enfant un risque de préjudice supérieur aux effets bénéfiques que pourrait lui apporter une relation libre et ouverte lui permettant de connaître la personnalité véritable du parent exerçant un droit d'accès. Il va sans dire que, comme pour tout autre critère juridique, le juge devant déterminer l'intérêt de l'enfant ne doit pas fonder son jugement sur ses opinions personnelles, mais sur la preuve.

#### b) La constitutionnalité du critère

La première question qui se pose est celle de l'application de la *Charte*. Étant donné la conclusion à laquelle j'arrive plus loin que des ordonnances valides au regard du critère de «l'intérêt de l'enfant» ne peuvent violer la *Charte*, il n'y a pas lieu de décider si celle-ci s'applique à une demande de droit d'accès présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*. Pour les fins de la présente partie, je présume donc que la *Charte* s'applique.

Sur le plan constitutionnel, l'attention se porte, en l'espèce, sur la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*, ainsi que sur la liberté d'expression garantie par l'al. 2b). Quant aux garanties relatives à la liberté d'association et à l'égalité,

only tangentially, if at all, and were not emphasized in argument.

The respondent says that legislative provision for the "best interests of the child" violates his religious and expressive freedom. The argument is that in some cases the "best interests of the child" will require a judge to make an order limiting expressive or religious freedom. Therefore, it is submitted, the test is unconstitutional, unless it can be saved under s. 1.

In my view, this argument cannot stand. The reason is that the guarantees of religious freedom and expressive freedom in the *Charter* do not protect conduct which violates the best interests of the child test.

*Whether Application of the Best Interests Standard Violates the Charter*

Does the *Charter* protect religious expression which is not in the best interests of the child? In my view, the answer to this question is no.

It is established that the guarantee of freedom of religion does not extend to religious activity which harms other people. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court held that freedom of religion is not absolute; in particular, it does not extend to conduct that would injure or interfere with the parallel rights of others. Dickson J., (as he then was), after a lengthy historical review of freedom of religion in our society and legal system, concluded at p. 346:

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

The next question is whether conduct which is not in the best interests of the child amounts to an

elles ne s'appliquent qu'à titre accessoire, si tant est qu'elles s'appliquent, et on n'a pas insisté sur ce point en plaidoirie.

<sup>a</sup> L'intimé affirme que la disposition législative privilégiant «l'intérêt de l'enfant» viole ses libertés de religion et d'expression. Il fait valoir que, dans certains cas, ce critère obligera en effet le juge à rendre une ordonnance limitant la liberté d'expression ou de religion. Par conséquent, soutient-il, le critère est inconstitutionnel, à moins qu'il ne puisse être justifié en vertu de l'article premier.

<sup>b</sup> À mon avis, cet argument ne peut être retenu. La raison en est que les garanties de liberté de religion et d'expression énoncées dans la *Charte* ne protègent pas une activité qui viole le critère de l'intérêt de l'enfant.

*L'application du critère de l'intérêt de l'enfant viole-t-elle la Charte?*

<sup>c</sup> La *Charte* protège-t-elle l'expression religieuse qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative.

<sup>d</sup> Il est établi que la garantie de liberté de religion ne s'étend pas à des activités religieuses causant un préjudice à autrui. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, notre Cour a conclu que la liberté de religion n'est pas absolue; elle ne s'étend pas en particulier à une activité qui porterait atteinte aux propres droits d'autrui. Après une longue analyse historique de la liberté de religion dans notre société et de notre système juridique, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a conclu, à la p. 346:

<sup>e</sup> <sup>h</sup> Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Je souligne.]

<sup>j</sup> La question suivante consiste à se demander si la conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant

"injury" or intrusion on the rights of others within the meaning of this comment. If so, the guarantee of freedom of religion will not protect such conduct.

It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection. But I think a case can be made that even in cases where a risk of harm may not have been established, the guarantee of freedom of religion should not be understood to extend to protecting conduct which is not in the best interests of the child. I understand "injure" in the passage cited from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, to be a broad concept. To deprive a child of what a court has found to be in his or her best interests is to "injure", in the sense of not doing what is best for the child. The vulnerable situation of the child heightens the need for protection; if one is to err, it should not be in favour of the exercise of the alleged parental right, but in favour of the interests of the child. An additional factor which may come into play in the case of older children is the "parallel right" of others referred to by Dickson J., "to hold and manifest beliefs and opinions of their own". For these reasons, I conclude that the *Charter* guarantee of freedom of religion does not extend to protect conduct which is not in the best interests of the child under the *Divorce Act*.

I come then to freedom of expression. The ambit of this right has been more broadly drawn than freedom of conscience and religion, in that even harmful expression may be protected: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. On the other hand, some forms of harmful expression are not constitutionally protected. Violence or threats of violence are not protected: see *RWDSU v. Dolphin*

équivaut à une «lésion» des droits d'autrui ou à une intrusion dans ces droits au sens de ce passage. Dans l'affirmative, elle ne sera pas protégée par la garantie de liberté de religion.

Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection. Mais on peut, à mon avis, soutenir que, même dans les cas où le risque de préjudice n'a pas été établi, la garantie de liberté de religion ne devrait pas s'étendre à la protection d'une conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. À mon sens, la lésion qu'évoque le passage précité de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* est une notion large. Priver un enfant de ce que le tribunal a jugé être dans son intérêt équivaut à le «léser», au sens où on ne fait pas ce qui est le mieux pour lui. La situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant renforce le besoin de protection; si l'on doit se tromper, cela ne devrait pas être en faveur de l'exercice du droit parental allégué, mais en faveur de l'intérêt de l'enfant. Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer soit, comme le dit le juge Dickson, le «propre droit» des autres «d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.» Pour ces motifs, je conclus que la liberté de religion garantie par la *Charte* ne protège pas la conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant au sens de la *Loi sur le divorce*.

J'en viens maintenant à la liberté d'expression. La portée de ce droit a été définie plus largement que celle de la liberté de conscience et de religion, en ce que même l'expression préjudiciable peut être protégée: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. En revanche, certaines formes d'expressions préjudiciables ne sont pas protégées par la Constitution, telles la violence ou les menaces

*Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, *Keegstra*, *supra*, at p. 733. Nor is expression which takes the form of "direct attacks by violent means on the physical liberty and integrity of another person" protected: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1186. The fact that conduct has been criminalized by Parliament is an indication, although not a conclusive one, that expressive conduct falls in the latter category: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1185.

The expression challenged in the case at bar does not take the form of violence or threats of violence, nor does it constitute a direct attack on the physical integrity or liberty of another. The harm done, if any, is of a psychological nature. (In saying this, I do not overlook the fact that some religious practices or forms of expression may involve psychological violence or physical violence.) Thus a *prima facie* case for protection under the guarantee of freedom of expression can be made out.

This poses a problem. Virtually every form of religious practice is expressive. Interpreting freedom of expression broadly, in the religious context, will nullify the principle that freedom of religion does not protect conduct which injures others or which conflicts with their parallel rights to hold and manifest beliefs of their own.

The answer to this apparent dilemma is found in the admonition of Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344, that a purposive approach to *Charter* interpretation requires that associated rights — in this case religious freedom and freedom of expression — be interpreted in a consistent and coherent manner:

... the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical

de violence: voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Keegstra*, précité, à la p. 733. N'est pas non plus protégée l'expression qui prend la forme d'«atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne par des moyens violents»: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1186. Le fait qu'une conduite a été criminalisée par le législateur est une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, qu'elle tombe dans cette dernière catégorie: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1185.

L'expression contestée en l'espèce ne prend pas la forme de violence ou de menaces de violence; elle ne constitue pas davantage une attaque directe à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne. Le préjudice, si préjudice il y a, est de nature psychologique. (Cela dit, je ne nie pas que certaines pratiques ou formes d'expression religieuses puissent comporter de la violence, psychologique ou physique.) Une preuve *prima facie* de protection de la liberté d'expression peut donc être établie.

Un problème se pose. Presque toutes les formes de pratique religieuse ont un contenu expressif. Interpréter largement la liberté d'expression en contexte religieux revient à annihiler le principe voulant que la liberté de religion ne protège pas une conduite qui lèse d'autres personnes ou qui entre en conflit avec leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

La réponse à ce dilemme apparent se trouve dans la mise en garde formulée par le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, à savoir que l'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que les droits qui sont liés — en l'occurrence la liberté de religion et la liberté d'expression — reçoivent une interprétation compatible et cohérente:

... l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques

origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. [Emphasis added.]

This admonition must be coupled with the canon that the ambit of a particular right or freedom cannot be defined in the abstract but should rather be defined in the context of the particular activity in question: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. Taking these two injunctions together, one arrives at the conclusion that the court, focusing on the context of the particular case, must strive to interpret the related rights in a coherent manner.

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

For these reasons, I conclude that the best interests of the child test under the *Divorce Act* does not violate the *Charter* and is constitutionally valid.

#### *Whether the Order of the Trial Judge is Valid Under the Divorce Act*

The question is whether the trial judge correctly applied the "best interests of the child" test set out in s. 16(8) and (10) of the *Divorce Act*.

The trial judge took a custody-oriented approach to the question of whether the father should be allowed to discuss and practise his religion with the children. For her the first question (at p. 205) was "who gets custody and guardianship of the children and what flows from that." She concluded that custody confers on the custodial parent the exclusive "right" to make all decisions with respect to the child's education, health care and

des concepts enshâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Il faut rapprocher cette mise en garde du principe suivant lequel la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Il découle de ce rapprochement que le tribunal, s'attachant au contexte de l'espèce, doit s'efforcer d'interpréter les droits connexes de façon cohérente.

<sup>b</sup> La conduite en cause dans le présent pourvoi — l'enseignement de croyances et de pratiques religieuses à ses enfants — comporte certes un aspect expressif, mais son caractère religieux prédomine. Si l'on veut concilier les droits à la liberté de religion et à la liberté d'expression dans ce contexte, c'est l'aspect religieux qui doit l'emporter. Les deux garanties combinées, je suis d'avis que les limites apportées à la garantie de liberté d'expression devraient s'appliquer en matière d'éducation religieuse des enfants.

<sup>c</sup> Pour ces motifs, j'en viens donc à la conclusion que le critère de l'intérêt de l'enfant établi dans la *Loi sur le divorce* ne viole pas la *Charte* et qu'il est valide sur le plan constitutionnel.

#### *La validité de l'ordonnance du juge de première instance eu égard à la Loi sur le divorce*

<sup>d</sup> Il s'agit de déterminer si le juge de première instance a correctement appliqué le critère de «l'intérêt de l'enfant» établi aux par. 16(8) et (10) de la *Loi sur le divorce*.

<sup>e</sup> C'est en axant son analyse sur la notion de garde que le juge de première instance a examiné la question de savoir s'il devait être permis au père de pratiquer sa religion avec ses enfants et d'en discuter avec elles. Elle s'est d'abord demandé, à la p. 205, [TRADUCTION] «qui obtient la garde et la surveillance des enfants et qu'est-ce qui en découle». Elle a conclu que la garde conférait le «droit» exclusif de prendre toutes les décisions

religion. It followed inevitably from this (at p. 205) that she saw the custodial parent as possessing the "sole responsibility for . . . the religious instruction of the child." This exclusive right in Mrs. Young to determine the child's religious instruction led directly to her conclusion that Mr. Young should be prevented from discussing his religious ideas with the children. Having concluded that the religious conflict "must stop", she ordered it stopped in the manner which the custodial parent desired, without further discussion of whether another alternative might better serve the interests of the children.

This reasoning departs from the best interests of the child test as outlined earlier in these reasons in three respects. First, it places undue emphasis on the wishes of the custodial parent. The custodial parent is viewed as having the "right" to determine limits on access. In my respectful opinion, this rights-based approach is erroneous. The only question to be considered where limitation of access is in issue is what is in the best interests of the child. While the custodial parent has the obligation to make certain basic decisions as to how the child is educated, which may extend to religious matters, this does not automatically mean that religious contacts with the access parent of a different faith are to be excluded. It is not the wishes of the custodial parent that govern terms of access, but the best interests of the child.

Second, the trial judge failed to consider the benefits which might enure to the children from coming to know their father as he was — that is, as a devoutly religious man devoted to the Jehovah's Witness faith. She made no reference to Parliament's instruction in s. 16(10) that the child shall have as much contact with both parents as is compatible with her best interests.

Thirdly, the trial judge failed to consider adequately whether there was any evidence of a risk of harm to the children which might offset the benefit of full access to their father's values, including

concerning l'éducation, les soins de santé et la religion de l'enfant. Le parent gardien est donc inévitablement apparu à ses yeux, à la p. 205, comme celui qui a [TRADUCTION] «l'entièr<sup>e</sup> responsabilité en ce qui concerne [...] l'instruction religieuse de l'enfant». La reconnaissance de ce droit exclusif de M<sup>me</sup> Young l'a amenée directement à conclure qu'il fallait empêcher M. Young de discuter de ses idées religieuses avec ses enfants. Estimant que le conflit religieux [TRADUCTION] «doit prendre fin», elle a ordonné qu'il y soit mis fin de la manière que souhaitait le parent gardien, sans examiner plus avant la question de savoir si une autre solution pouvait mieux servir l'intérêt des enfants.

Ce raisonnement s'écarte du critère de l'intérêt de l'enfant, tel qu'il a été exposé précédemment, et ce à trois égards. Premièrement, il accorde une importance démesurée aux désirs du parent gardien, considéré comme ayant le «droit» d'apporter des restrictions au droit d'accès. Avec égards, j'estime que cette conception fondée sur les droits est erronée. La seule question qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit de restrictions au droit d'accès est l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien a certes l'obligation de prendre certaines décisions fondamentales en matière d'éducation susceptibles de toucher à des questions religieuses, mais cela ne signifie pas nécessairement l'exclusion des contacts à caractère religieux entre l'enfant et l'autre parent de confession différente. Ce ne sont pas les désirs du parent gardien qui régissent les modalités d'exercice du droit d'accès, mais l'intérêt de l'enfant.

Deuxièmement, le juge de première instance n'a pas pris en considération l'avantage que les enfants pourraient avoir à connaître leur père tel qu'il est — savoir un homme profondément religieux attaché à la foi des Témoins de Jéhovah. Elle n'a fait aucun renvoi au par. 16(10) où le législateur édicte que l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact compatible avec son propre intérêt.

Troisièmement, le juge de première instance n'a pas examiné adéquatement la question de savoir s'il y avait une preuve quelconque d'un risque de préjudice susceptible d'annihiler l'avantage pour

those related to religion. While in some circumstances access may be limited on grounds unrelated to harm, in cases such as this, where the issue is whether entirely lawful discussions and activities between the access parent and the child should be curtailed, it behoves the judge to enquire whether the conduct poses a risk of harming the child. While the trial judge alluded to the possibility that if Mr. Young continued to share his religion with the children, he would damage his relationship with the elder two, she failed to allude to any other suggestion of harm and failed to consider whether such harm might outweigh the benefit to be gained from a freer, fuller relationship with their father.

The trial judge's undue emphasis on the "rights" of the custodial parent, coupled with her failure to consider the benefits to be gained from unrestricted contact with the access parent or whether those benefits were offset by a greater risk of harm to the children, may have clouded her appreciation of what was in their best interests. It was therefore open to the Court of Appeal to reconsider the matter and seek to give further guidance as to the factors to be considered in determining what is in the child's best interests in cases such as these.

Southin J.A. in the Court of Appeal took a similar but less absolute view of the rights conferred by custody. The custodial parent, according to her, has the "final say" on all matters of religion, although the "right to know" the access parent and the problems with the enforceability of any order restricting the conversation of the access parent, led her to conclude that the trial judge's restriction in respect of religious conversations could not stand.

The majority of the Court of Appeal, by contrast, saw the matter less in terms of the custodial parent's "right" to decide all religious matters affecting the children, and more in terms of the best interests of the children. Unfettered by notions

les enfants d'avoir pleinement accès aux valeurs de leur père, dont ses valeurs religieuses. Certes, dans certaines circonstances, le droit d'accès peut être limité pour des motifs autres que le préjudice; dans les cas toutefois où, comme en l'espèce, la question porte sur l'opportunité de restreindre des discussions et des activités entièrement licites entre le parent ayant le droit d'accès et l'enfant, il incombe au juge de vérifier si la conduite fait courir à l'enfant le risque de subir un préjudice. Le juge de première instance a fait allusion à la possibilité qu'en continuant à vouloir ainsi partager sa religion, M. Young compromette sa relation avec ses deux aînées, mais elle n'a parlé d'aucun autre préjudice possible et elle ne s'est pas demandé si un tel préjudice pouvait excéder le bienfait que les enfants étaient susceptibles de retirer d'une relation plus libre et plus complète avec leur père.

L'importance indue que le juge de première instance a attachée aux «droits» du parent gardien, ainsi que son défaut de prendre en compte les bienfaits escomptés, pour les enfants, d'un libre contact avec le parent exerçant son droit d'accès, ou de peser ces bienfaits par rapport au préjudice que les enfants risquaient de subir, ont pu fausser son appréciation de leur intérêt. Il était donc loisible à la Cour d'appel de réexaminer la question et de donner d'autres indications quant aux facteurs à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant dans des affaires comme la présente espèce.

Le juge Southin de la Cour d'appel a adopté une conception similaire, quoique moins absolue, des droits conférés par la garde. Selon elle, le parent ayant la garde a «le dernier mot» sur toutes les questions liées à la religion, bien que le «droit de connaître» le parent ayant un droit d'accès et la difficulté de faire appliquer une ordonnance restreignant les conversations du parent exerçant ce droit l'aient amenée à rejeter les restrictions imposées par le juge de première instance à cet égard.

En revanche, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mis l'accent moins sur le «droit» du parent gardien de prendre toutes les décisions en matière religieuse touchant les enfants, que sur l'intérêt de ceux-ci. Ne s'estimant pas liés par la

of the custodial parent's rights, the majority of the Court of Appeal asked simply what was in the best interests of the child. Wood J.A. began by noting at p. 92 that "the provisions of s. 16 of the Divorce Act of 1985 must be applied in a manner which is both consistent with the intentions of Parliament and relevant to the evolving role of parents in the modern structure of today's society". He found s. 16(10) to be particularly important in determining Parliament's intent in respect of access, stating at p. 93:

Viewed in that way, real contact would necessarily include the opportunity for an access parent to whom a religious belief is important to share that belief, at least in a consensual way, with his or her children.

Thus, for the majority in the Court of Appeal, the prime concern was the best interests of the child. An order for custody vests the custodial parent with the power to determine the child's religious upbringing, to the extent that this parent can require the child to observe a faith until the age of discretion; this is in the child's best interests where the parents cannot agree. A custody order does not, however, give the custodial parent the "right" to limit the access parent's ability to share his or her religious views with the child, unless that is shown on the evidence not to be in the child's best interests. Viewed thus, the notions of custody and access unite in a common purpose of promoting the child's best interests.

The majority held that an access parent's conduct with his child may be limited where the evidence shows the existence of, or potential for, real harm to the child, or where the child does not consent to the instruction. On the latter point, Wood J.A. noted that while it may be in the best interests of the child that the custodial parent be allowed to enforce religious practices against the child's wishes, that rationale did not extend to the access parent. Both limitations on the right to access found by the Court of Appeal are grounded in the best interests of the child. The majority also held

notion de droits du parent gardien, les juges majoritaires se sont simplement demandé quel était l'intérêt de l'enfant. Le juge Wood a d'abord souligné, à la p. 92, que [TRADUCTION] «les dispositions de l'art. 16 de la Loi de 1985 sur le divorce doivent s'appliquer d'une manière à la fois compatible avec les intentions du législateur et pertinente eu égard à l'évolution du rôle des parents dans la structure moderne de la société contemporaine». Il était d'avis que le par. 16(10) était particulièrement important pour découvrir l'intention du législateur en matière d'accès. Il a dit, à la p. 93:

[TRADUCTION] Ainsi conçu, l'établissement d'un contact réel supposerait nécessairement l'occasion, pour le parent ayant un droit d'accès et qui attache de l'importance à ses convictions religieuses, de partager sa foi, d'une façon à tout le moins consensuelle, avec ses enfants.

d

Ainsi, pour la Cour d'appel, à la majorité, la préoccupation primordiale est l'intérêt de l'enfant. Une ordonnance de garde confère au parent à qui celle-ci est confiée le pouvoir de décider de l'éducation religieuse de l'enfant, dans le sens où ce parent peut exiger que l'enfant adhère à une religion jusqu'à ce qu'il ait l'âge de choisir; il en va de son intérêt lorsque les parents ne s'entendent pas. Toutefois, une ordonnance de garde ne donne pas au parent gardien le «droit» de limiter la capacité du parent ayant un droit d'accès de partager ses opinions religieuses avec l'enfant, à moins qu'il ne soit établi en preuve que cela n'est pas dans son intérêt. Ainsi interprétées, les notions de garde et d'accès se rejoignent en un objectif commun: la poursuite de l'intérêt de l'enfant.

Les juges formant la majorité ont estimé que les activités auxquelles le parent ayant un droit d'accès se livre avec son enfant peuvent faire l'objet de restrictions si la preuve établit l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel pour l'enfant, ou si celui-ci ne consent pas à l'enseignement. Sur ce dernier point, le juge Wood a souligné que, bien qu'il puisse être dans l'intérêt de l'enfant que le parent en ayant la garde soit autorisé à le forcer à se conformer à certaines pratiques religieuses, ce raisonnement ne valait pas dans le cas du parent ayant un droit d'accès. Les deux restrictions au

i

j

that expert evidence, based on scientific criteria, is required to show harm. While, for the reasons discussed earlier, I would not agree as a general proposition that in every case the risk of harm to the child must be established to justify limitations on access, in the context of the dispute in this case, I do not think that the majority of the Court of Appeal erred in placing considerable emphasis on the absence on the evidence of a risk of harm to the child.

I do not share the view of the majority of the Court of Appeal that expert evidence is required in all cases. Nor am I convinced that the failure of the child to consent to instruction necessarily precludes the conclusion that such instruction by the access parent is in the best interests of the child. Apart from these caveats, I substantially subscribe to the views expressed by Wood J.A.

The majority of the Court of Appeal held that the evidence did not establish that harm was being caused to the children. On the issue of the children's consent, Wood J.A. concluded that no order was necessary because Mr. Young had confirmed under oath that he would respect his children's wishes with respect to the activities they objected to — attending services with him and accompanying him on his proselytizing missions. In the end, the majority did not find that it was in the best interests of the children, all factors considered, that even this limited form of religious activity by the access parent be restricted.

If one accepts, as did the majority of the Court of Appeal, that the issue of the children's accompanying Mr. Young to services and in his evangelical efforts is resolved by Mr. Young's undertaking — and I see no reason not to do so given his record of compliance to date — the only issue is whether the order forbidding Mr. Young to discuss religion with his children is valid. Apart from the value of getting to know their father and the difficulty of enforcement which led Southin J.A. to reject this

droit d'accès reconnues par la Cour d'appel sont fondées sur l'intérêt de l'enfant. À la majorité, la cour a également jugé que le préjudice devait être établi par une preuve d'expert, fondée sur des critères scientifiques. Pour les motifs exposés précédemment, je ne suis pas d'avis qu'il faille, de façon générale, établir dans tous les cas le risque de préjudice pour l'enfant pour justifier les restrictions apportées au droit d'accès, mais dans le contexte du présent conflit, je ne crois pas que les juges majoritaires de la Cour d'appel aient commis une erreur en mettant fortement l'accent sur l'absence de preuve d'un risque de préjudice pour l'enfant.

Je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel, à la majorité, que des témoignages d'experts sont requis dans tous les cas. Je ne suis pas non plus convaincue que le non-consentement de l'enfant à l'enseignement que lui prodigue le parent qui y a accès empêche nécessairement de conclure que cet enseignement est dans son intérêt. Ces considérations mises à part, je souscris, pour l'essentiel, à l'opinion du juge Wood.

De l'avis de la Cour d'appel, à la majorité, il n'a pas été établi en preuve que les enfants subissaient un préjudice. Sur la question du consentement des enfants, le juge Wood a conclu qu'aucune ordonnance n'était nécessaire parce que M. Young s'est engagé sous serment à respecter les désirs de ses enfants en ce qui concerne les activités auxquelles elles s'opposent, savoir participer aux offices et l'accompagner dans son prosélytisme. Finalement, les juges ont majoritairement conclu que, compte tenu de tous les facteurs, il n'était pas dans l'intérêt des enfants que cette forme, même ainsi limitée, d'activité religieuse fasse l'objet d'une restriction.

Si l'on accepte, comme l'a fait la Cour d'appel à la majorité, que la question de la participation aux offices et à l'apostolat est résolue du fait de l'engagement de M. Young — et je ne vois aucune raison d'en douter étant donné son dossier à ce jour —, la seule question à trancher est celle de la validité de l'ordonnance lui interdisant de discuter de religion avec ses enfants. Sauf pour ce qui est de la nécessité pour les enfants de bien connaître leur père et de la difficulté d'application de l'ordonnance qui

restriction, it is questionable that a proper application of the "best interests of the child" test supports it. Conflict between the parents is, in and of itself, not a sufficient basis for assuming that the child's interests will not be served. There was, in this case, evidence that the children were functioning in an entirely normal fashion, and had not been adversely affected by the dispute between their parents or by their father's religious instruction. We are left then with the trial judge's concern that Mr. Young's relationship with his children would deteriorate if he persisted in his religious instruction during his periods of access.

With the greatest respect to the trial judge, this was not on the record in this case a sufficient reason for restricting access. In so far as the possible deterioration of Mr. Young's relationship with his daughters can be considered unfortunate, the alternative — a relationship which prevents them from knowing him as he is — is also undesirable. In these circumstances, any perceived harm to the children cannot be said to outweigh the benefits of unrestricted access. In short, this is not a case where the evidence supports the view that the best interests of the children requires further curtailment of the father's communication of religious views and practices than already had been agreed to.

I conclude that the trial judge's orders preventing Mr. Young from discussing religion with his children were not supportable on the evidence. In view of Mr. Young's undertakings, the orders relating to church attendance and proselytizing were unnecessary. The order enjoining the respondent from preventing blood transfusions was unnecessary from a practical point of view. Parents should, of course, not make disparaging comments about the other parent's religion, but the matter might, on the record here, best have been left to the parents' good sense.

ont amené le juge Southin à rejeter cette restriction, on peut douter que l'application adéquate du critère de «l'intérêt de l'enfant» vienne en étayer la validité. Un conflit entre les parents n'est pas, en soi, une raison suffisante pour présumer qu'il y aura atteinte à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, la preuve indiquait que les enfants avaient un comportement tout à fait normal et n'avaient pas été affectées par le conflit entre leurs parents ou l'enseignement religieux de leur père. Reste la préoccupation qu'a exprimée le juge de première instance quant à la possibilité que la relation de M. Young avec ses enfants se détériore s'il persistait à vouloir leur dispenser un enseignement religieux pendant les périodes d'exercice de son droit d'accès.

Avec beaucoup d'égards pour le juge de première instance, ce n'est pas là, eu égard à la preuve au dossier, un motif suffisant pour limiter le droit d'accès. S'il serait malheureux que la relation de M. Young avec ses filles se détériore, l'autre possibilité — une relation qui les empêcherait de le connaître tel qu'il est — est tout aussi indésirable. Dans les circonstances, un préjudice appréhendé ne saurait l'emporter sur les bénéfices qu'apporte le libre d'accès. En bref, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la preuve démontre la nécessité, dans l'intérêt des enfants, de restreindre, dans une mesure encore plus grande que ce qui avait déjà été convenu, la possibilité pour le père de faire partager ses opinions et ses pratiques religieuses.

J'en conclus que les ordonnances du juge de première instance empêchant M. Young de discuter de religion avec ses enfants n'étaient pas justifiées par la preuve. Vu les engagements que celui-ci a pris, les ordonnances relatives à la présence à l'église et au prosélytisme n'étaient pas nécessaires. Quant à l'ordonnance enjoignant à l'intimé de ne pas s'opposer à des transfusions sanguines, elle était inutile en pratique. Les parents devraient naturellement s'abstenir de dénigrer la religion de l'autre, mais il aurait pu être préférable, étant donné la preuve au dossier, de laisser la question à leur bon jugement.

## B. Financial Matters

The trial judge found that each party initially had a one-half interest in the family home where the wife was living with the three children of the marriage. She held that the husband's half interest was extinguished by the costs ordered against him, half the value of the family car which he kept, arrears of maintenance, and lump sum maintenance over and above the monthly maintenance awarded to the wife. As the trial judge put it, at p. 202, "[a]ny further interest that the [husband] has in the matrimonial home will be transferred to the petitioner in the form of lump sum maintenance to assist in the petitioner's efforts to become self-sufficient."

The trial judge ordered that \$80,000 owed to the wife's mother by a corporation, which the parties had formed to begin a jewellery business, was a family debt for which the husband and wife were jointly liable. She also held that the sum of \$27,586.57 which the appellant had borrowed to support herself before she obtained an order for interim maintenance was a family debt for half of which the respondent was liable.

The trial judge ordered that the husband pay to the wife monthly maintenance in the sum of \$1400, and \$400 a month support for each of his children.

Two aspects of these orders are appealed to this Court. The first is the trial judge's determination that whatever interest the husband might have in the matrimonial home, after setting off costs and arrears of maintenance, should be absorbed by an order for lump sum maintenance. The Court of Appeal set this order aside. The power to award lump sum maintenance is found in the *Divorce Act*, s. 15(2):

15. . . .

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring

## B. Les questions financières

Le juge de première instance a estimé que chacune des parties avait, au départ, droit à la moitié de la résidence familiale abritant l'épouse et les trois enfants à charge. À son avis, le droit du mari était éteint par les dépens qu'il devait verser, la moitié de la valeur de la voiture familiale qu'il gardait en propre, les arrérages alimentaires ainsi que par la prestation sous forme de capital accordée à l'épouse en sus de la pension mensuelle. Elle a ajouté, à la p. 202, que [TRADUCTION] «[t]out autre droit que le [mari] possède sur la résidence conjugale sera transféré à la requérante sous forme de capital en vue de l'aider à parvenir à l'indépendance».

Le juge de première instance a déclaré que la somme de 80 000 \$, due à la mère de l'épouse par une personne morale constituée par les parties dans le but d'ouvrir un commerce de bijouterie, était une dette familiale dont les conjoints étaient solidiairement responsables. Elle a également décidé que la somme de 27 586,57 \$, que l'appelante avait empruntée pour subvenir à ses besoins avant d'obtenir une ordonnance alimentaire provisoire, était une dette familiale engageant la responsabilité de l'intimé pour moitié.

Le juge de première instance a ordonné au mari de verser à sa femme une pension mensuelle de 1 400 \$, ainsi qu'une pension mensuelle de 400 \$ pour chacune des enfants.

Deux aspects de ces ordonnances sont contestés devant notre Cour. Le premier concerne la conclusion du juge de première instance selon laquelle tout droit que pouvait posséder le mari sur le domicile conjugal, déduction faite des dépens et des arrérages alimentaires, devait être absorbé par une ordonnance de paiement d'une prestation sous forme de capital. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance. Le pouvoir d'octroyer une prestation sous forme de capital est dévolu par la *Loi sur le divorce*, au par. 15(2):

15. . . .

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant

one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

Southin J.A. stated at p. 41:

If the learned judge wished to fix lump sum maintenance, she was obliged to fix it in a sum certain and to fix it with reference to the principles applicable to such an award.

I agree that she was obliged to fix the maintenance with reference to the principles applicable to such an award. The trial judge did not express any jurisprudential or evidentiary basis for awarding the lump sum maintenance. The goal was no doubt to achieve the end of conveying the entire interest in the matrimonial home to the wife. But this justification does not support an award of lump sum maintenance; more is required.

That said, the fact remains that the trial judge was convinced that a fair allocation of the assets of the marriage required that the house be transferred entirely to the wife. The British Columbia *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, permits an unequal division of family assets where the trial judge is satisfied that this is required having regard to various enumerated factors. The relevant sections are ss. 51 and 52 of this Act. Section 51 reads:

**51.** Where the provisions for division of property between spouses under section 43 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

- (a) the duration of the marriage;
- (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;
- (c) the date when property was acquired or disposed of;

gnant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a* a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

Le juge Southin s'est exprimé ainsi, à la p. 41:

[TRADUCTION] Si le juge de première instance voulait octroyer une prestation sous forme de capital, elle devait en fixer la somme et ceci, en conformité avec les principes applicables en la matière.

Le juge de première instance était tenue, j'en conviens, de fixer la pension alimentaire en conformité avec les principes applicables en la matière. Elle n'a invoqué aucune autorité jurisprudentielle ni aucun élément de preuve à l'appui de l'octroi de la prestation sous forme de capital. L'objectif était nul doute de parvenir à transférer à l'épouse tous les droits sur le domicile conjugal. Mais cela ne suffit pas à justifier l'octroi d'une telle prestation; il en faut davantage.

Cela dit, il reste que le juge de première instance était convaincu que le juste partage des biens du mariage exigeait que la maison soit transférée entièrement à l'épouse. En vertu de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, le juge présidant l'instance peut ordonner le partage inégal des biens familiaux s'il est convaincu que cela s'impose compte tenu de plusieurs facteurs énumérés. Les articles pertinents de cette Loi sont les articles 51 et 52. L'article 51 porte:

[TRADUCTION]

**51.** Si le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 43 ou leur contrat de mariage, selon le cas, était injuste compte tenu

- a) de la durée du mariage,
- b) du temps pendant lequel les conjoints ont vécu séparés,
- c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,

- (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift;
- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient; or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. Additionally or alternatively the court may order that other property not covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, of one spouse be vested in the other spouse.

Section 52 of the Act provides that where a determination of an unequal allocation has been made, the trial judge may, by way of remedy, make an order as to the ownership of property.

In the case at bar there was ample basis for an order under s. 51 awarding Mrs. Young a greater portion of the family assets on the ground that, for a considerable period of time, Mr. Young had paid little or nothing for the support of his family. As will be seen below, I do not agree that the debts incurred during this period can, in law, be attributed to Mr. Young. However, they can serve as a consideration supporting reduction of his interest in the family property. It may also be noted that the equity in the home was not substantial and that Mr. Young was permitted to retain other assets. It is on these grounds that I depart from Southin J.A.'s view that there were insufficient reasons to order a reapportionment. Although the matter is not free from difficulty, I incline to the view that a trial judge, looking at all the circumstances, could have made such an order.

The problem, as noted by Southin J.A., is that the trial judge made no reference to s. 51 of the *Family Relations Act* or the factors on which reapportionment of the presumed equal interest in family assets can be made. This presents this Court

- d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par le conjoint par voie d'héritage ou de donation,
- e) des besoins de chaque conjoint pour parvenir à l'indépendance économique et à l'autosuffisance ou pour les conserver, ou
- f) de toute autre circonstance entourant l'acquisition, la conservation, l'entretien, l'amélioration ou l'emploi du bien ou la capacité ou les responsabilités du conjoint,

la Cour suprême, sur demande, peut ordonner le partage du bien visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, en les parts qu'elle fixe. En sus ou subordonnément, la Cour a la faculté d'ordonner que tout autre bien non visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, appartenant à l'un des conjoints, soit cédé à l'autre.

L'article 52 prévoit que, dans le cas où il a décidé de procéder à un partage inégal, le juge présidant l'instance peut, en guise de réparation, rendre une ordonnance relative au droit de propriété.

En l'espèce, une ordonnance en vertu de l'art. 51 octroyant à Mme Young une partie plus grande des biens familiaux était amplement justifiée compte tenu que, pendant une très longue période, M. Young n'avait contribué que peu, sinon pas du tout, à l'entretien de sa famille. Comme nous le verrons plus loin, je ne suis pas d'accord pour dire que les dettes contractées pendant cette période peuvent, en droit, être attribuées à M. Young. Cependant, elles peuvent constituer un élément justifiant la réduction de ses droits sur les biens familiaux. Soulignons également que la maison n'avait pas une grande valeur nette et que M. Young était autorisé à garder d'autres biens. C'est pour ces motifs que je m'écarte de l'opinion du juge Southin selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons pour ordonner une nouvelle répartition. Bien que la question ne soit pas sans soulever des difficultés, j'incline à penser qu'il était possible, vu l'ensemble des circonstances, de rendre une telle ordonnance.

Comme l'a souligné le juge Southin, le problème est que le juge de première instance n'a pas invoqué l'art. 51 de la *Family Relations Act* ni les facteurs selon lesquels peut se faire une nouvelle répartition des droits présumés égaux dans les

with two alternatives: return the matter for a new trial or make the order which it thinks the trial judge should have made. The Court of Appeal chose the latter, and I think they were right in so doing. In this case it is open to inference that the trial judge concluded that a *de facto* reapportionment of the interest in the family assets was required to do justice. It also appears that there was, on the facts and the law, a method of achieving this end. The fact that the trial judge did not expressly allude to the factors for reallocation under s. 51, which in other circumstances might be sufficient reason for ordering a new trial, must here be weighed against the fact that this litigation has already gone on far too long and cost far too much. Like the Court of Appeal, I am loath to send the matter back to the trial division for further proceedings. In these circumstances, it seems to me that the better course is to endorse the result achieved by the trial judge on the ground that the evidence is capable of supporting an order for reallocation of the parties' interest in the family assets to the extent required to give Mrs. Young the entire interest in the matrimonial home.

I come finally to the matter of the family debts. The \$80,000 owed by the corporation to Mrs. Young's mother cannot in law be characterized as a debt for which Mr. Young is personally liable, as ordered by the trial judge. The only entity liable for repayment is the corporation. There is no legal basis on which either Mr. or Mrs. Young can be said to be legally liable to repay the money borrowed by the company. The debt incurred by Mrs. Young to support herself and the children before she applied for maintenance is similarly unenforceable against Mr. Young as a debt, although it can be taken into consideration in an order for reduction of his interest in the family assets, as suggested above. I agree with Southin J.A., at p. 39, that "[t]he court cannot make a spouse jointly liable to a creditor for a debt of the other spouse, no matter for what purpose it was incurred, or, in the absence of some contractual foundation, make one spouse liable to indemnify the other, either in

biens familiaux. Notre Cour est donc placée devant l'alternative suivante: ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer l'ordonnance qu'à son avis le juge de première instance aurait dû rendre.  
<sup>a</sup> La Cour d'appel a opté pour le dernier terme de l'alternative, à bon droit à mon avis. En l'espèce, on peut déduire que le juge de première instance a conclu qu'une nouvelle répartition de facto des biens familiaux s'imposait dans l'intérêt de la justice. Il appert également qu'il existait, en fait et en droit, un moyen de parvenir à cette fin. Le fait que le juge de première instance n'ait pas expressément évoqué les facteurs fondés sur l'art. 51, ce qui en d'autres circonstances pourrait être un motif suffisant pour ordonner un nouveau procès, doit ici être mis en regard du fait que le présent litige a déjà duré beaucoup trop longtemps et coûté beaucoup trop cher. À l'instar de la Cour d'appel, je répugne à renvoyer l'affaire en première instance pour que s'y déroulent de nouvelles procédures. Dans les circonstances, il me semble donc que la meilleure solution est de confirmer le résultat auquel est arrivé le juge de première instance au motif que la preuve peut justifier qu'elle ait décrété un nouveau partage des droits des parties dans les biens familiaux de façon à accorder à M<sup>me</sup> Young l'entièr<sup>e</sup> propriété du foyer conjugal.

<sup>f</sup> J'en viens enfin à la question des dettes familiales. La somme de 80 000 \$ que la compagnie doit à la mère de M<sup>me</sup> Young n'est pas, en droit, une dette dont M. Young est personnellement responsable, comme l'a déclaré le juge de première instance. C'est en effet à la compagnie qu'en revient l'unique responsabilité. Aucun fondement juridique ne permet d'affirmer que M. ou M<sup>me</sup> Young sont légalement responsables du remboursement de l'argent emprunté par la compagnie. Il n'est pas non plus possible d'imputer à M. Young la dette qu'a contractée M<sup>me</sup> Young pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants avant de faire une demande de pension, bien qu'on puisse en tenir compte pour réduire les intérêts de M. Young dans les biens familiaux, comme nous l'avons vu précédemment. Je souscris à l'opinion du juge Southin lorsqu'elle dit, à la p. 39, que [TRADUCTION] «[l]e tribunal ne peut rendre un conjoint solidairement responsable envers le créancier de la

whole or in part, for a liability of the latter.” Accordingly, the paragraphs of the order making Mr. Young liable for one-half of these debts must be struck out.

dette de l’autre conjoint, peu importe à quelles fins cette dette a été contractée, ou, en l’absence d’un fondement contractuel quelconque, obliger un conjoint à indemniser l’autre, en tout ou en partie,

a d’une obligation qui lui incombe». En conséquence, les paragraphes de l’ordonnance attribuant à M. Young la responsabilité de la moitié de ces dettes doivent être radiés.

### C. Costs

#### 1. Costs Against the Respondent

The trial judge ordered solicitor-client costs against the respondent. This award was made on the basis that the custody claim had “little merit”, that the respondent attempted to mislead the court, that the respondent was recalcitrant on matters of custody and maintenance and, finally, on the basis that unnecessary proceedings had resulted. The trial judge also referred to the fact that someone else was promoting and paying for the legal action and that repetitive and irrelevant evidence was tendered.

#### b C. Les dépens

##### 1. Les dépens imposés à l’intimé

c Le juge de première instance a ordonné à l’intimé de payer des dépens comme entre procureur et client. Elle a justifié cette décision par le [TRA-DUCTION] «peu de fondement» de la demande de garde, la tentative de l’intimé de tromper la cour, la mauvaise volonté qu’il a manifestée sur les questions de garde et de pension alimentaire et, enfin, les procédures inutiles qui en ont résulté. Le juge de première instance a également évoqué le fait qu’une tierce personne encourageait et soutenait financièrement l’instance et que des éléments répétitifs et non pertinents ont été produits en preuve.

The Court of Appeal, *per* Cumming J.A., upheld f the imposition of solicitor-client costs for four days of the trial and for four days of the interlocutory proceedings concerned with financial issues, on the basis of the husband’s non-disclosure of financial information. Otherwise, costs against the respondent were reduced to party-and-party costs.

g Sous la plume du juge Cumming, la Cour d’appel a maintenu l’allocution des dépens comme entre procureur et client pour quatre jours du procès et quatre jours des procédures interlocutoires consacrées aux questions financières, en faisant valoir la non-divulgation par le mari de renseignements financiers. Pour le reste, les dépens que l’intimé devait payer ont été réduits aux dépens entre parties.

The Court of Appeal’s order was based on the following principles, with which I agree. Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. Accordingly, the fact that an application has little merit is no basis for awarding solicitor-client costs; nor is the fact that part of the cost of the litigation may have been paid for by others. The Court of Appeal meticulously considered all the proceedings in the light of these principles to arrive at its conclusion

h La Cour d’appel s’est fondée sur les principes suivants, auxquels je souscris. Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que si l y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties. Le peu de fondement d’une demande ne constitue donc pas une raison d’accorder les dépens sur cette base; pas plus que le fait qu’une partie des frais soit payée par des tiers. Après avoir minutieusement examiné toutes les procédures à la lumière de ces principes, la Cour d’appel est arrivée à la con-

that only partial solicitor-client costs were justified.

Finding no error in the reasoning or conclusion of the Court of Appeal on this question, I conclude that its order for costs should remain, save to the extent different conclusions on the merits in this Court require that an adjustment be made. As I have made clear, the only respect in which I would vary the order of the Court of Appeal is that instead of ordering lump sum maintenance and a moratorium on the sale of the matrimonial home, I would restore the trial judge's order that the entire interest in the home be conferred on the wife. In my view, this difference does not warrant altering the award of costs against the respondent made below.

## *2. Costs Against the Respondent's Counsel*

The trial judge ordered solicitor-client costs against counsel for the husband, Mr. How. For the reasons recited above in connection with costs against the respondent, she concluded that the proceedings had been unnecessarily lengthened. She also referred, at p. 216, to the fact that “[c]ounsel for the respondent had a forum and a cause to pursue. Unfortunately, what was in the best interests of the children, their welfare, was totally lost by the respondent and his counsel in these protracted proceedings. . . . The court was subjected to unwarranted abuse, criticism and insult.” She made no finding, however, that Mr. How had been in contempt of court.

The Court of Appeal held that no order for costs should have been made against Mr. How. There is no need to repeat that entirely satisfactory analysis. The basic principle on which costs are awarded is as compensation for the successful party, not in order to punish a barrister. Any member of the legal profession might be subject to a compensatory order for costs if it is shown that repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized the proceedings in which they were involved, and that the lawyer acted in bad faith in encouraging this abuse and

clusion que seule une partie des dépens comme entre procureur et client était justifiée.

Comme je ne puis déceler aucune erreur dans le a raisonnement ou la conclusion de la Cour d'appel sur ce point, je conclus qu'il y a lieu de maintenir son ordonnance relative aux dépens, sous réserve des ajustements que pourront nécessiter les conclusions différentes de notre Cour quant au fond du b litige. Comme je l'ai précisé, je n'apporterais à l'ordonnance de la Cour d'appel qu'une seule modification: au lieu d'ordonner le versement d'une prestation sous forme de capital et un moratoire sur la vente du domicile conjugal, je rétabliraïs la décision du juge de première instance de conférer à l'épouse la pleine propriété de la maison. À mon avis, cette différence ne justifie pas de modifier les dépens imposés à l'intimé.

## *2. Les dépens imposés à l'avocat de l'intimé*

Le juge de première instance a condamné M<sup>e</sup> How, l'avocat du mari, aux dépens comme entre procureur et client. Pour les motifs exposés précédemment en ce qui concerne les dépens imposés à l'intimé, elle a conclu qu'il y avait eu prolongation inutile des procédures. Elle a également évoqué, à la p. 216, le fait que [TRADUCTION] «[I]l avocat de l'intimé disposait d'une tribune et avait une cause à promouvoir. Malheureusement, l'intimé et son avocat ont, à la faveur de ces interminables procédures, complètement perdu de vue l'intérêt des enfants et leur bien-être. [...] La cour a été, sans justification, l'objet d'abus, de critiques et d'insultes». Le juge n'a toutefois pas déclaré M<sup>e</sup> How coupable d'outrage au tribunal.

La Cour d'appel a jugé que M<sup>e</sup> How n'aurait pas dû être condamné aux dépens. Point n'est besoin de reprendre son analyse, qui est entièrement satisfaisante. Le principe fondamental en matière de dépens est l'indemnisation de la partie ayant gain de cause, et non la punition d'un avocat. Certes, tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a

delay. It is clear that the courts possess jurisdiction to make such an award, often under statute and, in any event, as part of their inherent jurisdiction to control abuse of process and contempt of court. But the fault that might give rise to a costs award against Mr. How does not characterize these proceedings, despite their great length and acrimonious progress. Moreover, courts must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her calling.

The Court of Appeal found that the trial judge's criticism of Mr. How related to his conduct in bringing the action. Assuming that costs might, in certain circumstances, be imposed for contempt of court, none was found. Accordingly, no order for costs should have been made against Mr. How. I see no error in the conclusion of the Court of Appeal in this regard.

### 3. Costs Against Burnaby Unit (Watch Tower Bible and Tract Society)

Since the Watch Tower Bible and Tract Society (the Society) did not appear as a party, the costs awarded against it must be taken to have been premised on the fact that it supported the litigation financially. In effect, this was equivalent to an award for the tort of maintenance: see *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566 (Div. Ct.), at pp. 568-69. To be liable for maintenance, a person must intervene "officiously or improperly": *Goodman v. The King*, [1939] S.C.R. 446. Provision of financial assistance to a litigant by a non-party will not always constitute maintenance. Funding by a relative or out of charity must be distinguished from cases where a person wilfully and improperly stirs up litigation and

agit de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Il est évident que les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et, en tout état de cause, en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. Cependant, en dépit de sa longueur et de son climat acrimonieux, la présente instance n'a pas été marquée par la faute qui pourrait donner lieu à l'imposition de dépens à M<sup>e</sup> How. De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

La Cour d'appel a estimé que la critique qu'avait formulée le juge de première instance à l'endroit de M<sup>e</sup> How avait trait à sa conduite eu égard à l'engagement de l'action. Si l'on tient pour acquis qu'il est possible, en certaines circonstances, d'imposer des dépens pour outrage au tribunal, aucune conclusion n'a été tirée dans ce sens. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de condamner M<sup>e</sup> How aux dépens. Je ne vois aucune erreur dans la conclusion de la Cour d'appel à cet égard.

### 3. Les dépens imposés à la section de Burnaby (Watch Tower Bible and Tract Society)

La Watch Tower Bible and Tract Society (la Société) n'ayant pas été constituée partie, il faut présumer que les dépens qui lui ont été imposés l'ont été en raison de l'appui financier qu'elle a apporté à l'instance. C'est, en fait, l'équivalent d'une indemnité accordée pour soutien délictueux: voir *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566 (C. div.), aux pp. 568 et 569. Pour qu'il y ait soutien délictueux, il faut qu'il y ait intervention [TRADUCTION] «officieuse ou illégitime»: *Goodman c. The King*, [1939] R.C.S. 446. L'aide financière que fournit un justiciable sans être l'une des parties ne constituera pas toujours un soutien délictueux. On doit distinguer, à cet égard, les cas du parent qui apporte des fonds ou de celui qui agit

strife: *Newswander v. Giegerich* (1907), 39 S.C.R. 354.

In this case there was no evidence that the respondent had been induced to allow the Society to use his name in order that it might avoid liability for costs while advancing its own interests, that he would not have advanced his own interests in the absence of its help, that the Society's funding was for other than charitable motives, or that it controlled or directed the proceedings. Its support was "out of charity and religious sympathy" and did not constitute maintenance. The fact that the Society had a common interest with the respondent (as followers of the same religion) did not affect this.

Cumming J.A. so found, and then qualified his position at p. 85 by stating:

I hasten to add that it does not follow that the resources of the Watch Tower Bible & Tract Society can be brought to bear in every dispute between a Jehovah's Witness parent and a non-Jehovah's Witness parent. Once an issue of constitutional law of the kind raised here is settled then, if further litigation of the point between other litigants is supported, another question might arise. It may be that the right to assist without facing an award of costs cannot itself be used by the rich and powerful, no matter how great their interest in the issue, as an instrument of the oppression of those who must fight their battles alone.

I find again that no error has been made in the Court of Appeal's reasoning or conclusion. The evidence established that the respondent paid for a considerable portion of the cost of the proceedings personally, that the dispute was instigated at least in part by the appellant, and that the Society could not be considered to have stirred up the litigation, much less to have done so wilfully or improperly.

One argument, however, was not touched on by the Court of Appeal. This is the argument that the Society was an unnamed party to the litigation and, as such, should properly bear its portion of the

dans un but charitable du cas de la personne qui, volontairement et de façon illégitime, attise les litiges et les querelles: *Newswander c. Giegerich* (1907), 39 R.C.S. 354.

En l'espèce, rien ne prouve que la Société ait incité l'intimé à lui permettre d'utiliser son nom afin d'éviter d'être condamnée aux dépens tout en faisant valoir ses propres intérêts, que l'intimé n'eût pas agi sans son aide, que la Société ait été guidée par des motifs autres que charitables, ou qu'elle ait contrôlé ou dirigé l'instance. Son appui s'inspirait de [TRADUCTION] «considérations charitables et religieuses» et ne constituait pas un soutien délictueux. Le fait que la Société et l'intimé avaient un intérêt commun (en tant qu'adeptes de la même religion) n'y change rien.

Ainsi en a jugé le juge Cumming, avant de nuancer sa position à la p. 85:

[TRADUCTION] Je m'empresse d'ajouter qu'il ne s'ensuit pas que la Watch Tower Bible & Tract Society puisse faire intervenir ses ressources dans tous les litiges entre parents dont l'un est Témoin de Jéhovah et l'autre pas. Une fois tranchée une question de droit constitutionnel comme celle soulevée en l'espèce, l'intervention sur le même point dans un débat entre d'autres parties pourrait soulever une autre question. Quelque grand que soit leur intérêt dans le litige, les riches et les puissants ne sauraient se prévaloir du droit d'apporter une aide sans risquer une condamnation aux dépens comme d'un instrument d'oppression contre ceux qui doivent monter seuls au combat.

Je ne trouve encore là aucune erreur dans l'analyse ou la conclusion de la Cour d'appel. Il ressort de la preuve que l'intimé a payé lui-même une portion considérable du coût de l'instance, que c'est à tout le moins en partie à l'instigation de l'appelante que les procédures ont été intentées et qu'on ne peut accuser la Société d'avoir attisé le litige, encore moins de l'avoir fait volontairement ou illégitimement.

Il y a toutefois un argument que la Cour d'appel n'a pas examiné, savoir que la Société étant une partie innommée au litige, elle devrait, à ce titre, assumer sa portion des dépens. Je ne nie pas qu'il

costs. I would not discount the possibility that a court might properly hold an unnamed party liable for costs. The rule is that a non-party who has put forward another person in whose name the proceedings are taken cannot escape liability for costs in putting forward another: *R. v. Sturmer and Town of Beaverton, supra*. However, it seems to me that the evidence here falls short of establishing that the society was a party in this sense. Even on the constitutional issue, it cannot be said that the Society put Mr. Young forward, in effect bringing its own action in his name. The constitutional issue was first raised by Mrs. Young's objection to Mr. Young's communicating his religious beliefs to the children and was validly pursued by Mr. Young in his own interest. The Society's interest in the constitutional issue is insufficient, as I see it, to distinguish it from interveners who appear on constitutional cases and who have never been liable for costs.

### Disposition

I would affirm the order of the Court of Appeal, except in respect of the matrimonial home, which should be transferred to Mrs. Young. In the circumstances of this case, I would order that each party bear his or her own costs on this appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child", deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b), and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 1, it is unnecessary that I answer this question.

soit possible qu'un tribunal impose des dépens contre une partie innommée. La règle veut en effet qu'un tiers ayant agi par l'entremise d'une autre personne au nom de qui les procédures ont été intentées ne puisse esquiver sa responsabilité au chapitre des dépens: *R. c. Sturmer and Town of Beaverton*, précité. Toutefois, il me semble qu'on n'a pas fait la preuve, en l'espèce, que la Société était une partie en ce sens. Même sur la question constitutionnelle, on ne peut dire que la Société a agi par l'entremise de M. Young, intentant de fait sa propre action au nom de celui-ci. La question constitutionnelle a d'abord été soulevée du fait que Mme Young s'est opposée à ce que M. Young communique ses croyances religieuses aux enfants, et M. Young l'a validement débattue pour son propre intérêt. L'intérêt qu'avait la Société à cet égard ne suffit pas, à mon avis, à la distinguer des intervenants qui comparaissent dans des affaires constitutionnelles et qui n'ont jamais été tenus aux dépens.

### Dispositif

Je suis d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel, sauf à l'égard du domicile conjugal qui devrait être transféré à Mme Young. Vu les circonstances de l'espèce, j'ordonnerais que chaque partie paie ses dépens pour le présent pourvoi.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

3. Do ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, violate the guarantees to equality set out in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 3, it is unnecessary that I answer this question.

*Appeal allowed in part, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in the result. Sections 16(8) and 17(5) of the Divorce Act, 1985 did not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

Solicitors for the appellant: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.

Solicitors for the respondent James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.

Solicitors for the respondent W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.

Solicitors for the respondent Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

3. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* violent-ils les garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

*Pourvoi accueilli en partie, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente quant au résultat. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la Loi sur le divorce de 1985 ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

Procureurs de l'appelante: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.

Procureurs de l'intimé James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.

Procureurs de l'intimé W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada: Milner, Fenerty, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner, Fenerty, Edmonton.*