

**Edward Frank Dawson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAWSON

File No.: 24883.

1996: June 12; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Child abduction in absence of custody order — Elements of offence — Whether accused parent can be convicted of child abduction under s. 283(1) of Criminal Code when child not in possession of deprived parent at time of offence — Meaning of “takes” and “possession” — Whether defence contained in s. 284 of Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 283(1), 284.*

The accused father and his common law wife were separated in 1986. M, their 3-year-old son, originally remained with his mother but she became unable to care for him and, in December 1986, she agreed that M should live with his father and that he would be solely responsible for M's upbringing. The mother later became dissatisfied with the limitations which the father was placing on her access to M and, in 1992, she applied to the Nova Scotia Family Court for custody and access. Pending the resolution of the matter, the Family Court ordered *ex parte* that the mother be granted “interim liberal access” and that M not be removed from Nova Scotia. Soon after being served with the interim order, the father left with M for California. The father was arrested two years later and, upon his return to Nova Scotia, was charged with abducting his child contrary to s. 283(1)(a) of the *Criminal Code*. That section makes it offence for a parent, guardian or lawful custodian of a child to take a child, not the subject of a custody order, with intent to deprive another parent or guardian or lawful custodian of the child of possession of that child. The father was acquitted at trial on the ground that he had not “taken” M from his mother since, at all material times, M was legally in the father's care.

**Edward Frank Dawson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DAWSON

N<sup>o</sup> du greffe: 24883.

1996: 12 juin; 1996: 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Enlèvement d'enfant en l'absence d'ordonnance relative à la garde — Éléments de l'infraction — Le parent accusé peut-il être déclaré coupable d'enlèvement d'enfant en vertu de l'art. 283(1) du Code criminel lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé au moment de l'infraction? — Sens des mots «takes» et «possession» — Le moyen de défense prévu à l'art. 284 du Code est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283(1), 284.*

Le père accusé et sa conjointe de fait se sont séparés en 1986. M, leur fils de 3 ans, est d'abord resté avec sa mère, mais celle-ci est devenue incapable d'en prendre soin et, en décembre 1986, elle a consenti à ce que M aille vivre avec son père et à ce que ce dernier assume seul la responsabilité de son éducation. Plus tard, la mère est devenue insatisfaite des restrictions que le père lui imposait quant à l'accès à M et, en 1992, elle a demandé au tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse la garde et l'accès. Jusqu'à ce que l'affaire ait été décidée, le tribunal de la famille a ordonné, *ex parte*, qu'un «accès provisoire souple» soit accordé à la mère et que M ne soit pas emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse. Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance provisoire, le père a emmené M en Californie. Le père a été arrêté deux ans plus tard et, à son retour en Nouvelle-Écosse, il a été accusé d'avoir enlevé son enfant en contravention de l'al. 283(1)a du *Code criminel*. Aux termes de cet alinéa, commet une infraction le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'un enfant qui enlève un enfant n'ayant fait l'objet d'aucune ordonnance relative à la garde, avec l'intention de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Au terme du procès, le père a été acquitté pour le motif qu'il n'avait

The majority of the Court of Appeal overturned the acquittal and ordered a new trial.

*Held* (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge erred in his interpretation of s. 283(1) of the *Code*. Since the section states that the offence of child abduction can be committed by the "parent, guardian or person having the lawful care or charge" of the child, a person can clearly be found guilty notwithstanding that he or she is the child's parent or that he or she had lawful care of the child.

Section 283 does not require that the deprived parent, guardian or other person having lawful care or charge of the child must actually have had possession of the child at the moment of the offence for an accused to be convicted. Reading the English and French texts of s. 283(1) together, a "taking" or "enlèvement" occurs where the accused causes the child to come or go with him or her, and, in the process, excludes the authority of another person who has lawful care or charge of the child. Further, by also prohibiting acts such as "concealing", "harbouring" and "receiving" — acts which can only be committed while the child is not in the possession of the deprived parent — Parliament has indicated that child abduction by a parent, even in the absence of a custody order, can be found to have occurred regardless of whether the child was in the possession of the deprived parent at the relevant time. There is nothing in the *mens rea* of s. 283(1) to suggest otherwise. An accused would have the requisite "intent to deprive [the other parent] of the possession" if he or she intended to keep the other parent from having a possession to which he or she would otherwise be entitled. The word "possession" is not limited to circumstances in which the deprived parent is actually in physical control of the child at the time of the taking, but extends to the ability to exercise control over the child. By enacting ss. 281 to 283, Parliament has decided that the protection of children rests in ensuring that people entitled to exercise care and control over children are able to do so. Accordingly, Parliament has criminalized conduct — whether by a stranger or a parent, and whether or not there is a custody order in force — that intentionally interferes with a parent's lawful exercise of care and control over the children. An interpretation of s. 283 which does not require that the deprived parent have possession of the

pas «enlevé» M à sa mère, car, à tout moment pertinent, M avait été légalement sous la garde de son père. La Cour d'appel a, à la majorité, annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès a commis une erreur dans l'interprétation du par. 283(1) du *Code*. Comme aux termes de ce paragraphe l'infraction d'enlèvement d'enfant peut être commise par «le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale» de l'enfant, il est clair qu'une personne peut être déclarée coupable même si cette personne est le père ou la mère de l'enfant ou si elle avait la garde légale de celui-ci.

L'article 283 n'exige pas que la personne dépossédée, qu'il s'agisse du père, de la mère, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, ait eu concrètement la possession de l'enfant au moment de l'infraction pour qu'un accusé soit déclaré coupable. Si on lit les textes français et anglais du par. 283(1) en corrélation, il y a «taking» ou «enlèvement» lorsque l'accusé emmène l'enfant avec lui et que, ce faisant, il le soustrait à l'autorité d'une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. De plus, en interdisant également des actes tels que le fait de «cacher», d'«héberger» et de «recevoir» — actes qui ne peuvent être accomplis que lorsque l'enfant n'est pas en la possession du parent dépossédé — le législateur fédéral a indiqué qu'il est possible de conclure à l'enlèvement d'un enfant par le père ou la mère, et ce même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde et indépendamment du fait que l'enfant était ou non en la possession du parent dépossédé au moment pertinent. Rien dans la formulation de la *mens rea* au par. 283(1) ne tend à indiquer le contraire. L'accusé aurait «l'intention [requis] de priver [l'autre parent] de la possession» s'il entendait frustrer l'autre parent de la possession à laquelle ce dernier aurait par ailleurs droit. Le mot «possession» ne se limite pas aux cas où le parent dépossédé exerçait concrètement la surveillance physique de l'enfant au moment de l'enlèvement, mais vise également la capacité de ce parent d'exercer la surveillance de l'enfant. En édictant les art. 281 à 283, le législateur fédéral a décidé que la façon d'assurer la protection des enfants est de faire en sorte que les personnes qui en assument le soin et la surveillance soient capables de le faire. Par conséquent, le législateur a criminalisé des conduites — que celles-ci soient le fait d'un étranger ou d'un des parents, et qu'une ordonnance relative à la garde soit ou

child at the moment of the offence is consistent with the purpose and scheme of the child abduction provisions. Such an interpretation does not have the effect of unduly expanding the scope of criminal liability, and elevating a deprivation of access to the status of criminal conduct. No accused will be convicted under s. 283 unless he or she intended to deprive a person entitled to possession of the child of that possession.

Under s. 284 of the *Code*, a person who takes a child with intent to deprive the child's parent, or another person having lawful care or charge of the child, of possession of the child cannot escape liability by giving his or her own consent to the taking. The consent referred to in s. 284 must come, not from the accused himself or herself, but from the person whom the accused intended to deprive of possession of the child.

It is not the role of this Court to determine whether the mother was entitled to M's possession. That issue should be determined at the new trial on the basis of the evidence adduced. Iacobucci J.'s comments in reply to McLachlin J.'s reasons are agreed with.

Finally, the Court of Appeal did not err in law by allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal at trial. The Crown's appeal was based on a question of law — namely, the proper interpretation of the *actus reus* of s. 283 of the *Code*.

*Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.*: The role of the purported custody "agreement" between the father and the mother can arguably be safely discounted. In cases such as this one, the Nova Scotia *Family Maintenance Act* appears to supplant the common law of contracts as it pertains to agreements between spouses on care and custody matters. Section 18(4) of this Act establishes, as a baseline, that both parents are entitled to care and custody of the child unless a court orders otherwise. An agreement may have the effect of an order, but only if it has been registered in a court (s. 52). No formal order was made in this case, and the 1986 agreement appears not to have been registered. The 1992 order granting "interim liberal access" to the mother did not, by implication, grant care and custody to the father. A parent's

non en vigueur — qui entravent intentionnellement l'exercice légitime par le père ou la mère de son droit d'assumer le soin et la surveillance des enfants. Une interprétation de l'art. 283 qui n'exige pas que la personne dépossédée ait la possession de l'enfant au moment de l'infraction est compatible avec l'objet et l'économie des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants. Une telle interprétation n'a pas pour effet d'élargir indûment le champ de la responsabilité criminelle et de faire d'une privation d'accès une conduite criminelle. Un accusé ne sera déclaré coupable en vertu de l'art. 283 que s'il avait l'intention de priver de la possession de l'enfant une personne qui y avait droit.

Aux termes de l'art. 284 du *Code*, la personne qui enlève un enfant avec l'intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère ou une autre personne en ayant la garde ou la charge légale ne peut pas échapper à toute responsabilité en donnant son propre consentement à l'enlèvement. Le consentement visé à l'art. 284 doit émaner non pas de l'accusé lui-même, mais plutôt de la personne que ce dernier entendait priver de la possession de l'enfant.

Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si la mère avait droit à la possession de M. Cette question devrait être tranchée lors du nouveau procès à la lumière de la preuve présentée. Il est souscrit aux remarques formulées par le juge Iacobucci en réponse aux motifs du juge McLachlin.

En dernier lieu, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé prononcé au procès. L'appel du ministère public était fondé sur une question de droit — c'est-à-dire la question de la bonne interprétation à donner de l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 283 du *Code*.

*Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci*: On peut sans crainte soutenir que la présumée «entente» relative à la garde entre le père et la mère ne joue aucun rôle. Dans les affaires comme celle qui intéresse, la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse semble écarter l'application des règles de common law en matière contractuelle en ce qui concerne les ententes conclues entre les époux relativement au soin et à la garde des enfants. Le paragraphe 18(4) de cette Loi établit, comme principe de base, que les deux parents ont le droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant, sauf ordonnance judiciaire à l'effet contraire. Une entente peut produire les mêmes effets qu'une ordonnance, mais seulement si elle a été enregistrée auprès de la cour (art. 52). Aucune ordonnance formelle n'a été rendue en l'espèce, et il semble

statutory right to joint custody of her child should not be abrogated except in the clearest of terms. Therefore, as there was no order made by the court otherwise, there was no evidence before it that might upset the statutory presumption of joint care and custody. Both parents retained their entitlement to care and custody of the child. Consequently, it cannot be said, on the basis of the agreement, that the father did not take M from the possession of his mother.

Even if it were accepted that the common law of contracts governs in this case, it would still not follow that the father should prevail. Whatever may be the literal terms of the purported custody agreement, it is possible that for reasons of equity an implied condition might be found that the father should not remove M from the country. It is impossible, however, to say in advance whether such a condition should be found. The inquiry must be left to the trial judge.

Although there is a concern that a parent who inadvertently and only technically breaches the other parent's custody rights may face imprisonment, it should be emphasized that the *mens rea* of the offence is not simply the intention to take the child, but the intention to take the child from the possession of one who is entitled to that possession. Because the latter kind of intent is serious, prosecution of trifling offences under s. 283 is not to be expected.

*Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting):* Section 283(1) of the *Code* targets the act of taking a child where there is no custody order in place. Certain conditions, however, must be fulfilled before the act of taking becomes criminal: the person taking must have lawful custody and the taking must be with the "intent to deprive" the other parent "of the possession of" the child. The section thus contemplates the situation where people share custody or "possession" of the child. Possession is used in the legal sense of right of possession. It is not necessary that the deprived parent have physical possession of the child at the time of the taking. What is

que l'entente de 1986 n'a pas été enregistrée. L'ordonnance de 1992 qui accordait à la mère un «accès provisoire souple» n'accordait pas, par implication, le soin et la garde au père. Le droit à la garde conjointe de l'enfant accordé par la loi à un parent ne devrait pas être abrogé autrement que par une disposition très claire en ce sens. Par conséquent, comme il n'y avait pas d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de réfuter la présomption légale concernant le caractère conjoint de la garde et du soin de l'enfant. Le père et la mère conservaient leur droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant. Par conséquent, il est impossible d'affirmer, en se fondant sur l'entente, que l'appelant n'a pas enlevé M à la possession de sa mère.

Même si l'on acceptait que le présent cas est régi par la common law, il ne s'ensuivrait pas pour autant que le père doive l'emporter. Quels que puissent être les termes mêmes de la présumée entente relative à la garde, il est possible que, pour des raisons fondées sur l'*equity*, on puisse dégager l'existence d'une condition implicite indiquant que le père ne devrait pas emmener M hors du pays. Il n'est toutefois pas possible de dire à l'avance si une telle condition devrait être dégagée. L'examen de cette question doit être laissé au juge du procès.

Malgré l'inquiétude que soulève la possibilité qu'un parent qui viole par inadvertance et de façon technique seulement les droits de garde de l'autre parent risque l'emprisonnement, il faut souligner que la *mens rea* de l'infraction n'est pas seulement l'intention d'enlever l'enfant, mais l'intention d'enlever l'enfant à la possession d'une personne qui a droit à cette possession. Comme il s'agit, dans le deuxième cas, d'une intention grave, il ne faut pas s'attendre que l'art. 283 donne lieu à la poursuite d'infractions insignifiantes.

*Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents):* Le paragraphe 283(1) du *Code* vise le fait d'enlever un enfant lorsque aucune ordonnance relative à la garde n'a été rendue par un tribunal. Toutefois, certaines conditions doivent être remplies avant que ce fait ne constitue un crime: la personne qui enlève doit avoir la garde légale de l'enfant et l'enlèvement doit être fait «avec l'intention de priver» l'autre parent «de la possession de» l'enfant. Ce paragraphe vise donc la situation où des personnes partagent la garde ou la «possession» de l'enfant. Le mot possession est employé dans son sens juridique de droit à la possession. Il n'est pas nécessaire que le parent dépossédé ait eu la possession physique de l'enfant au moment de l'enlèvement. L'exigence minimale

required, at a minimum, is that the deprived parent have a right to possession of the child.

The central issue in this appeal is the effect of a custody agreement, as opposed to a court order, on a parent's common law custody rights. A parent may give up his or her right to custody by entering into an agreement conferring sole custody on the other parent. Notwithstanding the absence of a court order, a parent who does so no longer has a right to possession of the child of which he or she can be deprived, unless custody is restored by the termination of the agreement, a new agreement, or a court order. It follows that s. 283(1) would find no application in a situation where sole custody has been conferred upon the "taking" parent. It is unquestioned that common law rights, including the right to custody of a child, may be altered by contract. Here, the trial judge was correct in acquitting the father of the offence of child abduction. After the separation, the mother initially had a right to possession of the child at common law, as confirmed by the Nova Scotia *Family Maintenance Act*, but the trial judge found that the mother, by oral agreement with the father in December 1986, validly conveyed her common law right to possession and custody of the child to the father and that the agreement was still in force. These findings were amply supported by the evidence and should not have been disturbed by the Court of Appeal. The court erred in concluding that the agreement, as opposed to a court order, could not affect a parent's original right to custody. Further, the father's interference with the mother's exercise of her access rights did not constitute a deprivation of possession under s. 283(1). Possession, in contrast to access, comports the right and responsibility of care and control of the child. While the terms of access may be so generous that the non-custodial spouse in fact exercises a significant degree of care and control over the child, the trial judge's findings in this case negate any suggestion that the mother had any control or responsibility over the child. She had the right to visit the child; she did not have the control or responsibility for him required to establish possession. Finally, this Court should not rule on the issue of whether unregistered custody agreements may be of no force in Nova Scotia since this issue was not properly raised, considered and argued in this case. With respect to s. 18(4) of the *Family Maintenance Act*, in the context of a criminal trial, the Crown bore the burden of showing that the father did not have an exclusive right of possession to the child at the time of taking. The Crown not having raised s. 18(4) at trial, it is not for this Court at this stage of the

est que le parent dépossédé ait un droit à la possession de l'enfant.

La principale question en litige porte sur les effets d'une entente relative à la garde — en comparaison de ceux d'une ordonnance judiciaire — sur les droits de garde dont dispose un parent en vertu de la common law. Un parent peut abandonner son droit à la garde en concluant une entente qui accorde la garde exclusive à l'autre parent. Malgré l'absence d'une ordonnance judiciaire, le parent qui conclut une telle entente n'a plus de droit à la possession de l'enfant dont il pourrait être privé, à moins que son droit de garde ne soit rétabli par la résiliation de l'entente, par la signature d'une nouvelle entente ou par une ordonnance judiciaire. Il s'ensuit que le par. 283(1) ne s'appliquerait pas dans les cas où la garde exclusive a été accordée au parent «qui enlève» l'enfant. Il est incontesté que les droits reconnus par la common law, y compris le droit à la garde d'un enfant, peuvent être modifiés par contrat. En l'espèce, le juge du procès a eu raison d'acquitter le père de l'accusation d'enlèvement d'enfant. Après la séparation, la mère avait initialement un droit à la possession de l'enfant en vertu de la common law, droit qui était confirmé par la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse, mais le juge du procès a conclu que la mère, en vertu d'une entente verbale avec le père en décembre 1986, avait transféré valablement à ce dernier le droit à la possession et à la garde de l'enfant qu'elle avait en vertu de la common law, et que l'entente restait en vigueur. Ces conclusions étaient amplement étayées par la preuve, et la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier. La cour a commis une erreur en concluant que l'entente ne pouvait pas, contrairement à une ordonnance de la cour, modifier le droit à la garde que possède initialement un parent. De plus, le fait pour le père d'entraver l'exercice par la mère de ses droits d'accès ne constituait pas la privation de possession visée au par. 283(1). Par opposition à l'accès, la possession comporte le droit et la responsabilité d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. Même si les conditions d'accès peuvent être si généreuses que l'époux qui n'a pas la garde assure, dans une mesure considérable, le soin et la surveillance de l'enfant, les conclusions tirées par le juge du procès en l'espèce réfutent toute suggestion que la mère avait la surveillance ou la responsabilité de l'enfant. Elle avait le droit de le visiter; elle n'assumait pas, à son égard, la responsabilité ou la surveillance requise pour établir la possession. En dernier lieu, notre Cour ne doit pas se prononcer sur la question de savoir si les ententes relatives à la garde qui ne sont pas enregistrées pourraient être inopérantes en Nouvelle-Écosse, car cette question n'a pas été régulièrement soulevée, examinée et débat-

proceedings to raise it to the end of discharging the burden that lay on the Crown.

The line between wrongful but non-criminal failure to respect parental rights on the one hand, and child abduction under s. 283(1) on the other, lies at the point where the wrongdoer takes the child with intent to thwart the established right (by court order or agreement) of control and care of the other parent. On one side of the line the remedies are civil, on the other criminal. Section 283(1) draws the line at this point by requiring intent to deprive the other parent of possession of the child, a concept that goes beyond mere interference with access rights or a hypothetical possibility of a future right to possession. While arguments can be raised for an interpretation of s. 283(1) that would criminalize virtually any interference with access rights or future custody rights, given the severity of the criminal sanction, reserved for the most reprehensible conduct in our society, there is no reason to interpret the section that broadly. Less serious breaches are better left to civil sanctions.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *R. v. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553; *R. v. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595; *R. v. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387; *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. v. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264; *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

tue en l'espèce. En ce qui concerne le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*, dans le contexte d'un procès pénal, le ministère public avait la charge de démontrer que le père n'avait pas le droit exclusif à la possession de l'enfant au moment de l'enlèvement. Comme le ministère public n'a pas invoqué le par. 18(4) au procès, il n'appartient pas à notre Cour, à ce stade-ci des procédures, de prendre en considération cette disposition en vue de décharger le ministère public du fardeau qui lui incombe.

La ligne de démarcation entre la violation répréhensible mais non criminelle de droits parentaux, d'une part, et l'enlèvement d'enfant prévu au par. 283(1), d'autre part, se situe au point où l'auteur de la faute enlève l'enfant avec l'intention de contrecarrer le droit établi (par ordonnance judiciaire ou par une entente) que possède l'autre parent d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. D'un côté de cette ligne, les recours sont de nature civile, alors que de l'autre ils sont de nature pénale. Le paragraphe 283(1) fixe la ligne de démarcation à cet endroit en exigeant la preuve de l'intention de priver l'autre parent de la possession de l'enfant, concept qui va au-delà de la simple atteinte à des droits d'accès ou à un hypothétique droit futur à la possession. Bien que des arguments puissent être présentés en faveur d'une interprétation du par. 283(1) qui criminaliserait pratiquement toute atteinte à des droits d'accès ou à des droits de garde futurs, étant donné la sévérité des sanctions pénales, sanctions qui sont réservées aux conduites les plus répréhensibles dans notre société, il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus large à cet article. Il vaut mieux appliquer aux fautes moins graves les sanctions civiles.

### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *R. c. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553; *R. c. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595; *R. c. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387; *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. c. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264; *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

**Statutes and Regulations Cited**

- Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 127(1), 281, 282, 283, 284, 691(2) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 250.  
*Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18(4), 52 [am. 1994-95, c. 6, s. 63(4)].  
*Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, c. 189, s. 4.

**Authors Cited**

- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 93, June 3, 1982, at pp. 93:10 and 93:11.  
 Ewaschuk, E. G. "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 1986, "enlever", "priver".  
 Johnstone, Bruce. "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "deprive", "take".  
 Pollet, Susan L. "Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?" (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417.  
 Sagatun, Inger J., and Lin Barrett. "Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses" (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433.  
 Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, allowing the accused's appeal from his conviction on the charge of disobeying a court order, contrary to s. 127 of the *Criminal Code*, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on the charge of taking a child with intent to deprive the child's mother of possession, contrary to s. 283 of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Jean A. Swantko, for the appellant.

**Lois et règlements cités**

- Children's Services Act*, S.N.S. 1976, ch. 8.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 127(1), 281, 282, 283, 284, 691(2) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 250.  
*Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 18(4), 52 [mod. 1994-95, ch. 6, art. 63(4)].  
*Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 189, art. 4.

**Doctrine citée**

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 93, 3 juin 1982, aux pp. 93:10 et 93:11.  
 Ewaschuk, E. G. «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 1986, «enlever», «priver».  
 Johnstone, Bruce. «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «deprive», «take».  
 Pollet, Susan L. «Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?» (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417.  
 Sagatun, Inger J., and Lin Barrett. «Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses» (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433.  
 Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour désobéissance à une ordonnance judiciaire, en contravention de l'art. 127 du *Code criminel*, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé à l'accusation d'enlèvement d'enfant avec l'intention de priver la mère de l'enfant de la possession de ce dernier, en contravention de l'art. 283 du *Code criminel* et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Jean A. Swantko, pour l'appellant.

*William D. Delaney*, for the respondent.

*William D. Delaney*, pour l'intimée.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ. was delivered by

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major a été rendu par

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

## I. Introduction

## I. Introduction

<sup>1</sup> The appellant lived on the Myrtle Tree Farm at Waterville, Nova Scotia, with his young son Michael, until Michael's mother arrived at the farm with a court order for "interim liberal access" pending a final determination of her application for custody of Michael. Soon thereafter, the appellant disappeared with the child. When the appellant was finally apprehended two years later, he was living in California with Michael under an assumed name. He was charged with child abduction under s. 283 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, but contends that he is not guilty, essentially because an accused cannot be found to have "taken" a child, within the meaning of s. 283, unless, at the time of the offence, the child was in the possession of the other parent, guardian or person having the lawful care or charge of the child. The appellant was also charged under s. 127(1) of the *Criminal Code* for violating a provision of the interim access order requiring that Michael not be removed from Nova Scotia.

L'appelant habitait la ferme Myrtle Tree, à Waterville (Nouvelle-Écosse), avec son jeune fils Michael, lorsque la mère de Michael s'y est présentée munie d'une ordonnance judiciaire lui accordant un [TRADUCTION] «accès provisoire souple», jusqu'à ce que la décision finale ait été rendue à l'égard de sa demande de garde d'enfant. Peu après, l'appelant est disparu avec l'enfant. Lorsque l'appelant a finalement été appréhendé, deux ans plus tard, il vivait en Californie avec Michael sous un nom d'emprunt. Il a été accusé, en vertu de l'art. 283 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'enlèvement d'enfant. Toutefois, il nie sa culpabilité, essentiellement au motif qu'un accusé ne saurait être déclaré coupable d'avoir «enlevé» un enfant au sens de l'art. 283, sauf si, au moment de l'infraction, l'enfant était en la possession de l'autre parent, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant. L'appelant a également été accusé, en vertu du par. 127(1) du *Code criminel*, d'avoir violé la disposition de l'ordonnance d'accès provisoire qui lui interdisait d'emmener Michael à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse.

## II. Facts

## II. Les faits

<sup>2</sup> Michael Dawson was born on January 31, 1983, to Judith Seymour and the appellant. The appellant was physically abusive towards Seymour, and the couple were separated just before Michael's third birthday. Later that year, the appellant underwent a religious conversion and took up residence in a religious community at Clark's Harbour, Nova Scotia. Although Michael originally remained with his mother, she became unable to care for him, and, in December 1986, Seymour agreed that Michael should live with the appellant. It was also agreed that the appellant would be solely responsible for Michael's upbringing. In August 1987, the

Michael Dawson est né le 31 janvier 1983, de Judith Seymour et de l'appelant. L'appelant abusait physiquement M<sup>me</sup> Seymour et le couple s'est séparé juste avant le troisième anniversaire de Michael. Plus tard, au cours de la même année, l'appelant s'est converti à une religion et a établi sa résidence dans une communauté religieuse à Clark's Harbour, en Nouvelle-Écosse. Même si Michael a d'abord habité avec sa mère, celle-ci, devenue par la suite incapable d'en prendre soin, a, en décembre 1986, consenti à ce que Michael vive avec l'appelant. Il a également été convenu que ce dernier assumerait seul la responsabilité d'élever



appellant and Michael moved to an affiliated religious community located on the Myrtle Tree Farm at Waterville, Nova Scotia.

Near the end of 1987, Michael was taken from his father by provincial officials acting under an order of the Family Court of Nova Scotia, on the ground that he was a "child in need of protection" within the meaning of the *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8. Lengthy court proceedings ensued, at the conclusion of which the Nova Scotia Court of Appeal held that the Family Court's order was *ultra vires* and ordered that Michael be returned to his father.

Over the next few years, Seymour became dissatisfied with the limitations which the appellant was placing on her access to Michael, and, in 1992, she applied to the Family Court for custody and access. Pending the resolution of the matter, the Family Court ordered *ex parte* that Seymour be granted "interim liberal access" and that Michael not be removed from Nova Scotia.

Soon after being served with the interim order, the appellant vanished, taking Michael with him. He sent a letter to the Chief Judge of the Family Court, explaining that he was motivated purely by a desire to protect Michael's interests.

Seymour heard nothing from the appellant or their son until two years later, when the appellant was arrested. At the time of his arrest, the appellant was living with Michael in California under an assumed name. The appellant and Michael were returned to Nova Scotia, where the appellant was charged with having disobeyed a court order contrary to s. 127(1) of the *Criminal Code* and with having "taken" Michael contrary to s. 283(1)(a) of the *Code*. Throughout the relevant period, the latter provision read as follows:

Michael. En août 1987, l'appellant et Michael sont déménagés dans une communauté religieuse affiliée, installée à la ferme Myrtle Tree, à Waterville en Nouvelle-Écosse.

Vers la fin de 1987, des fonctionnaires provinciaux agissant en vertu d'une ordonnance du tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse ont retiré Michael à son père, pour le motif que Michael était un [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» au sens de la *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, ch. 8. De longues procédures judiciaires s'en sont suivies, au terme desquelles la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'ordonnance du tribunal de la famille était *ultra vires* et a ordonné que Michael soit remis à son père.

Au cours des années qui ont suivi, M<sup>me</sup> Seymour est devenue insatisfaite des restrictions que l'appellant lui imposait quant à l'accès à Michael et, en 1992, elle a demandé au tribunal de la famille la garde de son fils et des droits de visite. Jusqu'à ce que l'affaire ait été décidée, le tribunal de la famille a ordonné, *ex parte*, qu'un «accès provisoire souple» soit accordé à M<sup>me</sup> Seymour et que Michael ne soit pas emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse.

Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance provisoire, l'appellant est disparu, emmenant Michael avec lui. Il a fait parvenir au juge en chef du tribunal de la famille une lettre expliquant que son geste était uniquement motivé par son désir de protéger les intérêts de Michael.

Madame Seymour est restée sans nouvelles de l'appellant et de son fils pendant les deux années qui ont suivi, jusqu'au moment de l'arrestation de l'appellant. Ce dernier vivait alors avec Michael en Californie, sous un nom d'emprunt. L'appellant et Michael ont été ramenés en Nouvelle-Écosse, où l'appellant a été accusé d'avoir contrevenu à une ordonnance du tribunal, contrairement au par. 127(1) du *Code Criminel*, et d'avoir «enlevé» Michael, contrairement à l'al. 283(1)a) du *Code*. Pendant toute la période en cause, cette dernière disposition était ainsi libellée:

**283.** (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; [Emphasis added.]

The prosecution under s. 283(1)(a) was duly authorized on behalf of the provincial Attorney General as required by s. 283(2).

### III. Judgments

#### A. *Nova Scotia Supreme Court*

At trial, the appellant was convicted of the charge under s. 127(1). He was acquitted, however, of the abduction charge under s. 283(1)(a), on the ground that he had not "taken the child Michael from anyone". Although the appellant had taken steps to frustrate Seymour's access, Michael "was legally in the care of his father... at all times from 1986".

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1995), 100 C.C.C. (3d) 123

With respect to s. 127(1), the Court of Appeal unanimously overturned the conviction and substituted an acquittal, on the ground that s. 127(1) does not apply to violations of orders made under the *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160. The Court of Appeal's decision on s. 127(1) is not under appeal.

However, the Court of Appeal also overturned the appellant's acquittal under s. 283(1) and ordered a new trial. Hallett J.A., writing for the majority, observed that the word "take" does not import any requirement that the person whom the accused intended to deprive of possession — here-

**283.** (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu'une ordonnance n'ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans; [Je souligne.]

Les poursuites engagées en vertu de l'al. 283(1)a) furent dûment autorisées pour le compte du procureur général de la province, comme l'exige le par. 283(2).

### III. Les jugements

#### A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

À son procès, l'appellant a été déclaré coupable de l'accusation portée contre lui en vertu du par. 127(1). Il a toutefois été acquitté de l'accusation d'enlèvement portée en vertu de l'al. 283(1)a), au motif qu'il n'avait [TRADUCTION] «enlevé Michael à personne». Même si l'appellant avait pris des mesures pour contrecarrer l'accès de M<sup>me</sup> Seymour à l'enfant, la cour a déclaré que Michael [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père [...] à tout moment pertinent depuis 1986».

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1995), 100 C.C.C. (3d) 123

En ce qui concerne l'accusation fondée sur le par. 127(1), la Cour d'appel a, à l'unanimité, annulé la déclaration de culpabilité et y a substitué un acquittement, pour le motif que le par. 127(1) ne s'applique pas à la violation d'une ordonnance rendue en vertu de la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160. La décision de la Cour d'appel en ce qui concerne le par. 127(1) n'est pas visée par le présent pourvoi.

La Cour d'appel a cependant également annulé l'acquittement de l'appellant à l'égard de l'accusation fondée sur le par. 283(1) et ordonné un nouveau procès. Le juge Hallett, au nom de la majorité, a fait observer que le mot «enlever» n'a pas pour effet d'exiger que la personne que l'accusé

inafter, the “deprived parent” — have physical control over the child at the time of the taking. While Hallett J.A. acknowledged that, if there has been a taking, a court must then determine whether the child was taken with the intent to deprive a parent (or a guardian or other person having care or charge of the child) of possession of the child, he emphasized that the notion of possession, in the context of this determination, includes actual possession or a right to possession.

Jones J.A., dissenting, would have upheld the acquittal under s. 283(1). According to Jones J.A., only by intentionally removing the child from the possession of the deprived parent, can an accused commit child abduction within the meaning of s. 283, because the essence of the crime of child abduction is the removal of a child from the possession of its parent rather than the frustration of “rights” of possession.

As a result of the decision of the Court of Appeal setting aside the appellant’s acquittal of the offence under s. 283(1), the appellant appeals as of right to this Court pursuant to s. 691(2) of the *Criminal Code*.

#### IV. Issues

The appellant raises the following issues:

- A. Did the Court of Appeal err in law in ruling that the word “takes” as it appears in s. 283(1) of the *Criminal Code* does not import a requirement that the deprived parent have possession of the child at the time of the offence?
- B. Did the Court of Appeal err in law by failing to apply the defence of consent contained in s. 284 of the *Criminal Code*?
- C. Did the Court of Appeal err in law in holding that the *ex parte* order of the Family Court gave Seymour a right to possession of the child?

voulait priver de la possession de l’enfant — ci-après appelée le «parent dépossédé» — ait exercé la surveillance physique de ce dernier au moment de l’enlèvement. Bien que le juge Hallett ait affirmé que, s’il y a eu enlèvement, le tribunal doit alors déterminer si l’enfant a été enlevé avec l’intention de priver l’un des parents (ou encore le tuteur ou toute autre personne qui a la garde ou la charge de l’enfant) de la possession de l’enfant, il a souligné que la notion de possession, dans le contexte de cette détermination, s’entend soit de la possession concrète soit du droit à la possession.

Le juge Jones, dissident, aurait confirmé l’acquittement à l’égard de l’accusation fondée sur le par. 283(1). Selon lui, ce n’est qu’en soustrayant intentionnellement l’enfant à la possession du parent dépossédé qu’un accusé commet un enlèvement d’enfant au sens de l’art. 283, puisque l’essence de ce crime est la soustraction d’un enfant à la possession du parent, et non la frustration de «droits» à la possession.

Par suite de l’arrêt de la Cour d’appel annulant l’acquittement de l’appelant relativement à l’accusation portée en vertu du par. 283(1), l’appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour conformément au par. 691(2) du *Code criminel*.

#### IV. Les questions en litige

L’appelant soulève les questions suivantes:

- A. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le mot «takes» («enlève») figurant au texte anglais du par. 283(1) du *Code criminel* n’a pas pour effet d’exiger que le parent dépossédé ait eu la possession de l’enfant au moment de l’infraction?
- B. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en n’appliquant pas le moyen de défense fondé sur le consentement prévu à l’art. 284 du *Code criminel*?
- C. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l’ordonnance rendue *ex parte* par le tribunal de la famille accordait à M<sup>me</sup> Seymour un droit à la possession de l’enfant?

10

11

12

D. Did the Court of Appeal err in law by allowing the Crown's appeal from the acquittal entered at trial, when the Crown's appeal failed to raise a question of law?

D. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement prononcé au procès, alors que cet appel ne soulevait aucune question de droit?

## V. Analysis

## V. L'analyse

13 To avoid confusion about the scope of this appeal, I would observe at the outset that this appeal, like any appeal as of right to this Court, is restricted to questions of law. Consequently, despite the appellant's contention that, in light of the agreement between Seymour and the appellant regarding Michael's upbringing, Seymour is not entitled to the possession of Michael, it is not the role of this Court to resolve this or any other factual controversy. Rather, we are called upon to decide whether the trial judge erred in law in his interpretation of s. 283. If we agree with the Court of Appeal that the trial judge committed an error of law, then, unless the same verdict is inevitable, we must uphold the order for a new trial and leave all factual issues to be resolved in that forum.

Pour éviter toute confusion quant à la portée du présent pourvoi, je tiens à souligner d'emblée que, comme dans tout appel de plein droit à notre Cour, le présent pourvoi se limite à des questions de droit. Par conséquent, en dépit de la prétention de l'appelant que, compte tenu de l'entente intervenue entre lui et M<sup>me</sup> Seymour relativement à l'éducation de Michael, cette dernière n'a pas droit à la possession de Michael, le rôle de notre Cour n'est pas de résoudre cette question ou toute autre question de fait litigieuse. Au contraire, elle est appelée à décider si le juge du procès a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'art. 283. Si nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit, alors, à moins que le même verdict ne soit inévitable, nous devons confirmer l'ordonnance de nouveau procès et laisser au tribunal qui en sera chargé le soin de trancher toutes les questions de fait.

A. *Whether the word "takes" imports a requirement that the deprived parent have possession of the child at the time of the offence*

A. *Le mot «takes» a-t-il pour effet d'exiger que le parent dépossédé ait eu la possession de l'enfant au moment de l'infraction?*

14 The trial judge found the appellant not guilty of child abduction, on the basis that the appellant could not have "taken" Michael because the child "was legally in the care of his father" at all material times. The terms in which s. 283 is drafted, however, leave no room for this interpretation. Section 283(1) states that the offence can be committed by the "parent, guardian or person having the lawful care or charge" of the child (emphasis added). Clearly, a person can be found guilty under s. 283 notwithstanding that he or she is the child's parent or that he or she had lawful care of the child.

Le juge du procès a conclu que l'appelant n'était pas coupable d'enlèvement d'enfant, pour le motif que l'appelant ne pouvait pas avoir «enlevé» Michael, puisque celui-ci [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père» à tout moment pertinent. Le libellé de l'art. 283 ne permet toutefois aucune telle interprétation. En effet, aux termes du par. 283(1), une infraction peut être commise par «le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale» de l'enfant (je souligne). Il est clair qu'une personne peut être déclarée coupable de l'infraction prévue à l'art. 283, même si cette personne est le père où la mère de l'enfant ou si elle en avait la garde légale.

The appellant, for his part, develops a slightly different argument as to why his acquittal should be upheld. He urges that an accused cannot be convicted under s. 283 unless the deprived parent had possession of the child at the moment of the offence. Yet the breadth of the terms selected by Parliament to express the prohibited acts militates against such a requirement. The word “take”, for example, used in the English text of the section, is commonly understood to mean, *inter alia*, “to cause (a person or animal) to go with one”: *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XVII, at p. 564; see also D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), at p. 141. The verb “enlever”, which appears in the French text, is somewhat more precise, as it connotes the action of “soustraire (une personne) à l'autorité de ceux qui en ont la garde”: *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 1986), t. III, at p. 1002. Reading the two texts together, I conclude that a “taking” or “enlèvement” occurs where the accused causes the child to come or go with him or her, and, in the process, excludes the authority of another person who has lawful care or charge of the child. There is nothing in s. 283 to suggest that the deprived parent, guardian or other person having lawful care or charge of the child must actually have had possession of the child at the moment of the offence. Indeed, by also prohibiting acts such as “concealing”, “harbouring” and “receiving” — acts which can only be committed while the child is not in the possession of the deprived parent — Parliament has indicated that child abduction by a parent, even in the absence of a custody order, can be found to have occurred regardless of whether the child was in the possession of the deprived parent at the relevant time.

Finding little to support his position in the words used to describe the *actus reus* of s. 283, the appellant rests his argument in large part on the formulation of the *mens rea* of the offence. He points out that an accused cannot be convicted

Pour sa part, l'appelant développe un argument légèrement différent quant aux raisons pour lesquelles son acquittement devrait être confirmé. Il insiste sur le fait qu'un accusé ne peut être déclaré coupable en vertu de l'art. 283 que si le parent dépossédé avait la possession de l'enfant au moment de l'infraction. La portée des termes choisis par le législateur fédéral pour exprimer les actes prohibés milite pourtant contre l'existence d'une telle exigence. Par exemple, le mot «take» utilisé dans la version anglaise de l'article a notamment comme sens ordinaire [TRADUCTION] «emmener (une personne ou un animal) avec soi»: *Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), vol. XVII, à la p. 564; voir aussi D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), à la p. 141. Le verbe «enlever» utilisé dans la version française est un peu plus précis, étant donné qu'il signifie l'action de «soustraire (une personne) à l'autorité de ceux qui en ont la garde»: *Le Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 1986), t. III, à la p. 1002. Lisant les deux textes en corrélation, je conclus qu'il y a «taking» ou «enlèvement» lorsque l'accusé emmène l'enfant avec lui et que, ce faisant, il le soustrait à l'autorité d'une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Rien dans l'art. 283 n'indique que la personne dépossédée, qu'il s'agisse du père, de la mère, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, doive concrètement avoir eu la possession de l'enfant au moment de l'infraction. De fait, en interdisant également des actes tels que le fait de «cacher», d'«héberger» et de «recevoir» — actes qui ne peuvent être accomplis que lorsque l'enfant n'est pas en la possession du parent dépossédé — le législateur fédéral a indiqué qu'il est possible de conclure à l'enlèvement d'un enfant par le père ou la mère, et ce même en l'absence d'une ordonnance concernant la garde et indépendamment du fait que l'enfant était ou non en la possession du parent dépossédé au moment pertinent.

Trouvant peu d'appui au soutien de son argument dans les termes mêmes de l'art. 283 pour décrire l'*actus reus* de l'infraction, l'appelant se fonde en grande partie sur la formulation de la *mens rea* requise. Il souligne qu'un accusé ne peut

unless he or she had the “intent to deprive [the other parent] of the possession” of the child, and asserts that a person cannot be “deprived” of something that he or she does not have. However, this argument has been made before, and it did not find favour even under the more narrowly worded provisions in force prior to ss. 281 to 283. In an often-cited case, *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158 (Que. K.B.), an alleged abductor contended that “she could not be held guilty of taking away from her husband what he had not actually had, viz., the possession of the child, although he might be legally entitled to it” (p. 161). The court dismissed the argument, stating that when the statute spoke of the “intent to deprive . . . of the possession”, it is not “the possession he *has* had of which the parent has been deprived, but of that to which he is *entitled*” (pp. 161-62 (emphasis in original)).

être déclaré coupable que s’il avait «l’intention de priver [l’autre parent] de la possession» de l’enfant, et il affirme qu’une personne ne peut être «privée» de quelque chose qu’elle n’a pas. Cet argument, déjà présenté dans le passé, n’a pas été retenu, même compte tenu du libellé plus restrictif des dispositions qui étaient en vigueur avant l’adoption des art. 281 à 283. Dans une affaire souvent citée, *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158 (B.R. Qué.), une femme accusée d’enlèvement avait prétendu [TRADUCTION] «qu’elle ne pouvait pas être coupable d’avoir enlevé à son mari ce qu’il n’avait pas concrètement, c’est-à-dire la possession de l’enfant, même s’il pouvait légalement y avoir droit» (p. 161). La cour a rejeté cet argument, déclarant que lorsque la loi parle de [TRADUCTION] «l’intention de priver [. . .] de la possession», il ne s’agit pas de «la possession dont il *jouissait* que le parent [dépossédé] a été privé, mais plutôt de celle à laquelle il *a droit*» (pp. 161 et 162 (en italique dans l’original)).

17 Indeed, to “deprive” a person of something means, among other things, to keep that person from that which he or she would otherwise have: *Oxford English Dictionary*, *supra*, vol. IV, at p. 490. Similarly, the French verb “priver” means “empêcher (qqn) de jouir d’un bien, d’un avantage présent ou futur; enlever à (qqn) ce qu’il a ou lui refuser ce qu’il espère, ce qu’il attend”: *Le Grand Robert*, *supra*, t. VII, at p. 779. This suggests that the accused would have the requisite intent if he or she intended to keep the other parent from having a possession to which he or she would otherwise be entitled.

De fait, en anglais, «to deprive» une personne de quelque chose signifie notamment frustrer cette personne de quelque chose qu’autrement elle aurait: *Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, vol. IV, à la p. 490. De même, en français, le verbe «priver» signifie «empêcher (qqn) de jouir d’un bien, d’un avantage présent ou futur; enlever à (qqn) ce qu’il a, ou lui refuser ce qu’il espère, ce qu’il attend»: *Le Grand Robert*, *op. cit.*, t. VII, à la p. 779. Cela tend à indiquer que l’accusé avait l’intention requise s’il entendait frustrer l’autre parent de la possession à laquelle ce dernier avait par ailleurs droit.

18 Moreover, this Court considered the meaning of the phrase “with intent to deprive . . . of the possession” under s. 281 of the *Criminal Code*, in *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, and observed that “possession” is not limited to circumstances in which the deprived parent is actually in physical control of the child at the time of the taking, but extends to the ability to exercise control over the child. Consequently, the intent to deprive of possession will exist whenever “the taker knows or foresees that his or her actions would be certain or substantially certain to result in the parents (guard-

Qui plus est, dans *R. v. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, notre Cour a examiné le sens des mots «avec l’intention de priver de la possession» utilisés à l’art. 281 du *Code criminel*, et elle a fait observer que la «possession» ne se limite pas aux cas où le parent dépossédé exerçait concrètement la surveillance physique de l’enfant au moment de l’enlèvement, mais vise également la capacité de ce parent d’exercer la surveillance de l’enfant. Par conséquent, il y a intention de priver de la possession dans tous les cas où «l’auteur de l’enlèvement sa[il] ou prévoi[t] qu’il est certain ou presque

ians, etc.) being deprived of the ability to exercise control over the child”: *Chartrand*, at p. 889. There is nothing in this *mens rea* to suggest that the *actus reus* requires anything more than preventing a parent, guardian, or other person having lawful care or charge of the child, from exercising control over that child.

The appellant further contends that the interpretation favoured by the Court of Appeal has the effect of unduly expanding the scope of criminal liability, and elevating a deprivation of access to the status of criminal conduct. It must be borne in mind, however, that the essence of the offence is an intentional interference with a parent’s ability to exercise control over his or her child. No accused will be convicted under s. 283 unless he or she intended to deprive a person entitled to possession of the child of that possession. And if an accused does take a child and thereby excludes the authority of a person who has lawful care or charge of the child, with intent to deprive that person of the possession of the child, I see no reason to permit the accused to hide behind his or her status as a custodial parent or the other parent’s status as an access parent.

In this connection, it is important to remember, as Deschamps J.A. of the Quebec Court of Appeal wrote in *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, that “if parental status entails responsibilities, it is the source of few right[s]” (p. 357). Indeed, all rights of custody and access exist only to the extent that they permit the custodial or access parent to act in the best interests of the child: *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, at para. 69, *per* L’Heureux-Dubé J. It follows that although the parties and the courts below speak of ss. 281 to 283 as provisions enacted for the protection of parental “rights”, their ultimate purpose is the protection of children. In *Chartrand*, *supra*, we described this purpose in this way (at p. 880):

certain que ses actes priveront les parents (tuteurs, etc.) de la capacité d’exercer leur contrôle sur l’enfant»: *Chartrand*, à la p. 889. Dans le présent cas, rien dans la formulation de la *mens rea* ne tend à indiquer que l’*actus reus* exige davantage que le fait d’empêcher le père, la mère, un tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l’enfant d’exercer leur surveillance sur cet enfant.

L’appelant avance aussi que l’interprétation retenue par la Cour d’appel a pour effet d’élargir indûment le champ de la responsabilité criminelle et de faire de la privation d’accès une conduite criminelle. Il faut se rappeler, toutefois, que l’essence de l’infraction est une entrave intentionnelle à la capacité d’un parent d’exercer sa surveillance sur son enfant. Un accusé ne sera déclaré coupable en vertu de l’art. 283 que s’il avait l’intention de priver de la possession de l’enfant une personne qui y avait droit. De plus, si un accusé enlève effectivement un enfant et que, ce faisant, il le soustrait à l’autorité d’une personne qui en a la garde ou la charge légale, avec l’intention de priver cette personne de la possession de l’enfant, je ne vois aucune raison de permettre à l’accusé de se réfugier derrière son statut de parent gardien ou derrière celui de l’autre parent, c’est-à-dire de parent ayant un droit d’accès.

Sur ce point, il est important de rappeler, comme l’a écrit le juge Deschamps de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, que [TRADUCTION] «quoique la qualité de parent comporte des responsabilités, elle est la source de peu de droits» (p. 357). De fait, les droits de garde et d’accès n’existent que pour permettre au parent gardien et à celui qui a un droit d’accès d’agir dans l’intérêt de l’enfant: voir mes motifs dans l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, au par. 69. Il s’ensuit que, même si les parties et les tribunaux d’instance inférieurs parlent des art. 281 à 283 comme étant des dispositions édictées pour protéger les «droits» des parents, l’objectif ultime de ces dispositions est la protection des enfants. Dans *Chartrand*, précité, nous avons dit que cet objectif consiste (à la p. 880):

19

20

... to secure the right and ability of parents (guardians, etc.) to exercise control over their children ... for the protection of those children, and at the same time to prevent the risk of harm to children by diminishing their vulnerability.

This description was given in the context of s. 281; however, I believe that s. 283 has the same broad purpose. Parliament has decided that the protection of children rests in ensuring that people entitled to exercise care and control over children are able to do so. Accordingly, by enacting ss. 281 to 283, Parliament has criminalized conduct — whether by a stranger or a parent, and whether or not there is a custody order in force — that intentionally interferes with a parent's lawful exercise of care and control over the children.

21

Before 1983, the *Criminal Code* did not distinguish explicitly between parents and strangers. Section 250 provided simply that:

**250.** (1) Every one who, with intent to deprive a parent or guardian or any other person who has lawful care or charge of a child under the age of fourteen years of the possession of that child, or with intent to steal anything on or about the person of such a child, unlawfully

(a) takes or entices away or detains the child, or

(b) receives or harbours the child,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(2) This section does not apply to a person who, claiming in good faith a right to possession of a child, obtains possession of the child. [Emphasis added.]

However, courts generally held the view that, in the absence of a judicial order to the contrary, a parent had authority over and a right to possession of his own child and, therefore, could not be found guilty of child abduction. They therefore interpreted s. 250(2) as being available to any parent accused of abducting his or her own child, unless the taking violated a custody order: see *R. v. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553 (Co. Ct.), at p. 554;

... [tant à] garantir le droit et la faculté des parents (tuteurs, etc.) d'exercer leur autorité sur leurs enfants [...] afin de protéger ces derniers, qu'à prévenir le risque de préjudice aux enfants, en réduisant leur vulnérabilité.

Cette description a été donnée dans le contexte d'une affaire fondée sur l'art. 281. Toutefois, je crois que l'art. 283 vise le même objectif général. Le législateur fédéral a décidé que la façon d'assurer la protection des enfants est de faire en sorte que les personnes qui en assument le soin et la surveillance soient en mesure de le faire. Par conséquent, en édictant les art. 281 à 283, le législateur a criminalisé des conduites — que celles-ci soient le fait d'un étranger ou de l'un des parents, et qu'une ordonnance relative à la garde soit ou non en vigueur — qui entravent intentionnellement l'exercice légitime par le père ou la mère de son droit d'assumer le soin et la surveillance des enfants.

Avant 1983, le *Code criminel* ne distinguait pas explicitement entre parents et étrangers. L'article 250 prescrivait simplement ceci:

**250.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, avec l'intention de priver le père ou la mère, un tuteur ou une autre personne ayant le soin ou la garde légitime d'un enfant de moins de quatorze ans, de la possession de cet enfant, ou avec l'intention de voler quelque chose sur la personne de cet enfant, illégalement

a) enlève ou entraîne ou retient l'enfant, ou

b) reçoit ou héberge l'enfant.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, réclamant de bonne foi le droit à la possession d'un enfant, obtient la possession de cet enfant. [Je souligne.]

Les tribunaux avaient généralement été d'opinion, cependant, que, en l'absence d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, le père et la mère sont titulaires de l'autorité sur leur enfant ainsi que d'un droit de possession sur celui-ci, et que, par conséquent, ils ne peuvent pas être déclarés coupables de l'avoir enlevé. Les tribunaux avaient donc jugé que le par. 250(2) pouvait être invoqué par tout parent accusé d'avoir enlevé son propre



*R. v. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595 (Co. Ct.), at p. 597; *R. v. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387 (Co. Ct.); *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (Alta. C.A.); *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (N.S.C.A.), at p. 475; *R. v. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; E. G. Ewaschuk, "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, at p. 179; B. Johnstone, "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271, at p. 273; I. J. Sagatun and L. Barrett, "Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses" (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433, at p. 434; and S. L. Pollet, "Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?" (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417, at p. 419.

The state of the law before 1983 was subject to criticism for neglecting the large number of child abductions which occur in advance of a court order for custody. The problem of pre-emptive abductions was discussed by Sagatun and Barrett, *supra*, at p. 437, for example, and by children's advocates before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence* of June 3, 1982, at pp. 93:10 and 93:11. Section 250, as interpreted by the courts, contained a sizable loophole which permitted a parent anticipating an application for custody by the other parent to short-circuit the court proceedings simply by taking the children.

The 1983 amendments (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20) closed this gap. The *Code* continues to prohibit takings by strangers (now s. 281), and takings by a parent in contravention of the custody provisions of a custody order (now s. 282). However, it also contains a completely new section (s. 283) which extends criminal liability to intentional takings — the same *actus reus* and *mens rea* described in ss. 281 and 282 — committed by a parent even in the absence of a custody order. Thus, by the time of the incidents which gave rise

enfant, sauf si l'enlèvement violait une ordonnance relative à la garde: voir *R. c. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553 (C. cté), à la p. 554; *R. c. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595 (C. cté), à la p. 597; *R. c. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387 (C. cté); *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Alb.); *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (C.A.N.-É.), à la p. 475; *R. c. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; E. G. Ewaschuk, «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, à la p. 179; B. Johnstone, «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271, à la p. 273; I. J. Sagatun et L. Barrett, «Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses» (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433, à la p. 434; et S. L. Pollet, «Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?» (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417, à la p. 419.

Le droit applicable avant 1983 a été critiqué parce qu'il ne tenait pas compte du grand nombre d'enlèvements d'enfants qui survenaient avant que le tribunal ne rende une ordonnance relative à la garde. Le problème des enlèvements préventifs a été analysé par Sagatun et Barrett, *op. cit.*, à la p. 437, entre autres, et par les défenseurs des droits des enfants devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques: *Procès-verbaux et témoignages*, 3 juin 1982, aux pp. 93:10 et 93:11. De la façon dont les tribunaux l'interprétaient, l'art. 250 contenait une échappatoire de taille, qui permettait à celui des deux parents qui prévoyait que l'autre demanderait la garde des enfants de court-circuiter la procédure judiciaire, et ce tout simplement en enlevant les enfants.

Les modifications de 1983 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 20) ont éliminé cette lacune. Le *Code* continue d'interdire les enlèvements d'enfants soit par des étrangers (maintenant l'art. 281), soit par le père ou la mère contrairement aux dispositions d'une ordonnance relative à la garde (maintenant l'art. 282). Toutefois, il renferme un tout nouvel article (l'art. 283) qui étend la responsabilité criminelle aux enlèvements intentionnels — mêmes *actus reus* et *mens rea* que ceux décrits aux art. 281 et 282 — commis par le père ou la mère,

to the present appeal, the provisions read as follows:

**281.** Every one who, not being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, unlawfully takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

**282.** Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in contravention of the custody provisions of a custody order in relation to that person made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

**283.** (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction. [Emphasis added.]

All three offences involve taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring a child with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of the child, of the possession of that child. They differ only as to the identity of the person who commits the offence (whether a stranger or a

même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde. Ainsi, au moment des incidents qui ont donné lieu au présent pourvoi, les dispositions applicables étaient libellées de la façon suivante:

**281.** Quiconque, n'étant pas le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

**282.** Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne contrairement aux dispositions d'une ordonnance rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne, est coupable:

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

**283.** (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu'une ordonnance n'ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. [Je souligne.]

Les trois infractions comportent le fait d'enlever, d'entraîner, de retenir, de recevoir, de cacher ou d'héberger un enfant avec l'intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère, le tuteur ou toute autre personne qui en a la garde ou la charge légale. Elles diffèrent seulement par l'identité de la personne qui commet l'infraction (soit un

parent) and as to the existence or violation of a custody order in respect of the child.

In repealing s. 250(2) and adding what is now s. 283, Parliament clearly intended to expand the reach of the child abduction provisions so as to protect children from unilateral removal, even in the absence of a custody order, and even by a person who could, in some sense, claim a right to possession of the child. The interpretation favoured by the appellant would unacceptably undermine this purpose.

Indeed, if the appellant's submissions on this question of law were accepted, it would severely reduce the scope of all three child abduction offences. For example, a non-custodial parent who, in contravention of a custody order, acted as the appellant is alleged to have done, would escape criminal liability under s. 282. There would have been no "taking", since the deprived custodial parent did not actually have the possession of the child at the time of the offence. Similarly, under the appellant's interpretation, a stranger who plucked a lost child off the street, with intent to deprive the child's parents of the possession of the child, could not be convicted under s. 281. There would be no "taking", as the child was not in the possession of its parents at the time of the alleged offence.

The courts have consistently refused to adopt such a narrow interpretation of the offence of child abduction. An excellent example is the Nova Scotia Court of Appeal's decision in *Cook, supra*, which the appellant himself calls the "seminal decision" on s. 283. In that case, far from confirming the right of a parent to disappear with his or her children provided that they are not taken from the actual possession of the other parent, the Nova Scotia Court of Appeal in fact upheld the conviction of a father in circumstances quite similar to those of the case at bar. In *Cook*, as here, there was no custody order in respect of the child, so both

étranger soit le père ou la mère) et par l'existence ou la violation d'une ordonnance relative à la garde de l'enfant.

En abrogeant le par. 250(2) et en ajoutant ce qui est maintenant l'art. 283, le législateur fédéral avait clairement l'intention d'élargir la portée des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants de manière à protéger les enfants contre les prises de possession unilatérales, même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde, et même par une personne qui pourrait, en un sens, prétendre à un droit à la possession de l'enfant. L'interprétation préconisée par l'appelant compromettrait de façon inacceptable la réalisation de cet objectif.

De fait, si les arguments présentés par l'appelant sur cette question de droit étaient retenus, cela aurait pour effet de réduire considérablement la portée des trois infractions d'enlèvement d'enfants. Par exemple, le parent non gardien qui, contrairement à une ordonnance relative à la garde, ferait ce qu'on reproche à l'appelant, pourrait échapper à la responsabilité criminelle prévue par l'art. 282. Il n'y aurait pas eu «enlèvement», étant donné que le parent gardien dépossédé n'avait pas concrètement la possession de l'enfant au moment de l'infraction. De même, selon l'interprétation de l'appelant, un étranger qui arracherait à la rue un enfant perdu, avec l'intention de priver les parents de cet enfant de la possession de celui-ci, ne pourrait pas être déclaré coupable en vertu de l'art. 281. En effet, il n'y aurait pas eu «enlèvement», puisque l'enfant n'était pas en la possession de ses parents au moment de l'infraction reprochée.

Les tribunaux ont systématiquement refusé d'adopter une interprétation aussi étroite de l'infraction d'enlèvement d'enfants. Un excellent exemple de cette position est l'arrêt *Cook*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, que l'appelant lui-même qualifie [TRADUCTION] «d'arrêt de principe» en ce qui concerne l'art. 283. Dans cette décision, loin de confirmer le droit d'un parent de s'éclipser avec ses enfants pourvu qu'il ne les enlève pas à la possession de fait de l'autre parent, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a effectivement confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre un père dans des circons-

24

25

26

parents were entitled to custody of the child by virtue of the *Family Maintenance Act*. As in the case at bar, the accused had possession of the child with the permission of the mother (although, admittedly, in *Cook* the permission was much more limited). As in the case at bar, the accused vanished with the child. The Nova Scotia Court of Appeal upheld the accused's conviction for abduction under s. 283. See also *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393 (B.C.C.A.).

tances très semblables à celles de la présente affaire. Tout comme en l'espèce, dans *Cook*, aucune ordonnance relative à la garde de l'enfant n'avait été rendue, de sorte que les deux parents avaient droit à la garde de l'enfant en vertu de la *Family Maintenance Act*. Comme dans le présent cas, l'accusé était en possession de l'enfant avec la permission de la mère (quoique, dans *Cook*, il faut le préciser, la permission avait une portée beaucoup plus limitée). Comme en l'espèce, l'accusé s'était éclipsé avec l'enfant. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 283. Voir aussi *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393 (C.A.C.-B.).

27

Even under the pre-1983 legislation, courts have upheld convictions for child abduction where the child was not in the possession of the deprived parent. In *Enkirch, supra*, for example, another decision relied on by the appellant, the Alberta Court of Appeal entered a conviction against an accused under former s. 250 notwithstanding that there had been no transfer of possession and that, at the time of the offence, the child was lawfully in the possession of the accused under the access terms of a custody order.

D'ailleurs, même dans les affaires fondées sur les dispositions législatives en vigueur avant 1983, les tribunaux ont confirmé des déclarations de culpabilité pour enlèvement d'enfant lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé. Par exemple, dans *Enkirch, précité*, autre arrêt invoqué par l'appellant, la Cour d'appel de l'Alberta a inscrit contre l'accusé une déclaration de culpabilité en vertu de l'ancien art. 250, même s'il n'y avait eu aucun transfert de possession et que, au moment de l'infraction, l'enfant était légalement en la possession de l'accusé aux termes des conditions d'accès prévues par l'ordonnance relative à la garde.

28

These decisions are consistent with the proposition that a "taking" can be found to have occurred notwithstanding that the children were not removed from the actual physical possession of the deprived parent but were, in fact, in the possession of the depriving parent. Considering the scheme and purpose of ss. 281 to 283 as well as the wording of the provisions, I am left with no doubt that the principle underlying these decisions is correct. There is no requirement in s. 283 that the deprived parent have the possession of the child at the moment of the alleged offence. Accordingly, this ground of appeal must fail.

Ces arrêts sont compatibles avec la proposition selon laquelle il est possible de conclure qu'il y a eu «enlèvement», même si les enfants n'ont pas été soustraits à la possession physique concrète du parent dépossédé par le parent dépossédant, mais qu'ils se trouvaient plutôt effectivement en la possession de ce dernier. Compte tenu de l'économie et de l'objet des art. 281 à 283, de même que de leur libellé, je n'ai aucun doute en ce qui concerne le bien-fondé du principe sur lequel reposent ces arrêts. L'article 283 n'exige pas que le parent dépossédé ait eu la possession de l'enfant au moment de la perpétration de l'infraction reprochée. Par conséquent, ce moyen d'appel doit être rejeté.

B. *Whether the Court of Appeal erred in law by failing to apply the defence of consent contained in s. 284 of the Criminal Code*

The appellant argues that, even assuming that his arguments on s. 283 are not accepted, there is no need for a new trial since a defence under s. 284 of the *Criminal Code* was raised on “the undisputed facts”. The English text of s. 284 of the *Code* reads as follows:

**284.** No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care, or charge of that young person. [Emphasis added.]

The appellant reasons that, since he is the parent who had lawful possession of the child at the time of the alleged offence, his consent suffices under s. 284 as a defence to any charge under s. 283.

I cannot accept the notion that a person who takes a child with intent to deprive the child’s parent, or another person having lawful care or charge of the child, of possession of the child could escape liability by giving his or her own consent to the taking. Under the appellant’s interpretation of s. 284, a babysitter or a teacher could take a child with intent to deprive the child’s parents of possession of the child, and escape criminal liability under s. 281 simply by giving his or her own consent as a person having lawful possession of the child. Such an absurd result could not have been within the contemplation of Parliament in enacting s. 284.

My view is confirmed by the French text of s. 284, which states that the defence is available where “le père, la mère, le tuteur ou l’autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en ques-

B. *La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en n’appliquant pas le moyen de défense fondé sur le consentement prévu à l’art. 284 du Code criminel?*

L’appelant prétend que, même si ses arguments concernant l’art. 283 ne sont pas retenus, la tenue d’un nouveau procès n’est pas appropriée puisque les [TRADUCTION] «faits non contestés» soulèvent l’application du moyen de défense prévu à l’art. 284. Le texte anglais de l’art. 284 du *Code* est rédigé ainsi:

**284.** *No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care, or charge of that young person.* [Je souligne.]

L’appelant fait le raisonnement suivant: comme il est le parent qui avait la possession légale de l’enfant au moment de l’infraction reprochée, son consentement suffit pour entraîner l’application du moyen de défense prévu à l’art. 284 contre une accusation portée en vertu de l’art. 283.

Cet argument est inacceptable en ce que la personne qui enlève un enfant avec l’intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère ou une autre personne en ayant la garde ou la charge légale pourrait échapper à toute responsabilité en donnant son propre consentement à l’enlèvement. Suivant l’interprétation que fait l’appelant de l’art. 284, un gardien d’enfants ou un enseignant pourrait enlever un enfant avec l’intention de priver les parents de sa possession et échapper à la responsabilité criminelle prescrite par l’art. 281, tout simplement en donnant son propre consentement à l’enlèvement en qualité de personne ayant la possession légale de l’enfant. Lorsqu’il a édicté l’art. 284, le législateur fédéral ne saurait avoir envisagé un résultat aussi absurde.

Mon point de vue est confirmé par le texte français de l’art. 284, qui indique que le moyen de défense peut être invoqué lorsque «le père, la mère, le tuteur ou l’autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de

29

30

31

*tion a consenti aux actes reprochés*". (underlining added) There is no reference to possession. I cannot but conclude that the consent referred to in s. 284 must come, not from the accused himself or herself, but from the person whom the accused intended to deprive of possession of the child.

32

It therefore cannot be maintained that a defence under s. 284 arises "on the undisputed facts". That is not to say that there is no possible argument to be made under s. 284. Assuming (without deciding) that the appellant's conduct falls *prima facie* within s. 283, it may be possible for the appellant to argue that Seymour consented to the taking so as to engage s. 284. However, this factual question is very much in dispute, and should be resolved at trial.

C. *Whether the Court of Appeal erred in law in holding that the ex parte order of the Family Court gave Seymour a right to possession of the child*

33

The appellant argues that the order of the Family Court giving Seymour "interim liberal access" was not lawful because the Family Court issued it without first hearing from him. According to the appellant, the legality of the order is of the utmost importance because it was the basis on which the Court of Appeal found that Seymour had a right to possession of the child.

34

In fact, however, the majority of the Court of Appeal also pointed out that "[a]s the mother of the child, Ms Seymour had a right to custody even though she had consented to Dawson having custody of the child when they separated" (p. 151). Presumably, Hallett J.A. was alluding to the provision in s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* that, in the absence of a court order or legislative provision to the contrary, the parents of a child are equally entitled to custody of the child. Thus, even if it were assumed that the appellant could successfully challenge the legality of the order of the

moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés» (je souligne). Il n'y est pas fait mention de la possession. Je ne saurais conclure autrement que le consentement visé à l'art. 284 doit émaner non pas de l'accusé lui-même, mais plutôt de la personne que ce dernier entendait priver de la possession de l'enfant.

Il n'est donc pas possible de soutenir que les «faits non contestés» donnent ouverture au moyen de défense prévu à l'art. 284. Cela ne veut pas dire qu'aucun argument ne puisse être présenté en vertu de l'art. 284. À supposer (sans pour autant trancher la question) que la conduite de l'appelant relève *prima facie* de l'art. 283, ce dernier pourrait peut-être plaider que M<sup>me</sup> Seymour a consenti à l'enlèvement, et ainsi faire entrer en jeu l'art. 284. Toutefois, cette question de fait est très contestée et devrait être tranchée au procès.

C. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'ordonnance rendue ex parte par le tribunal de la famille accordait à M<sup>me</sup> Seymour un droit à la possession de l'enfant?*

L'appelant prétend que l'ordonnance du tribunal de la famille accordant à M<sup>me</sup> Seymour un «accès provisoire souple» n'était pas valide parce que le tribunal l'a rendue sans lui avoir donné au préalable l'occasion de se faire entendre. Selon l'appelant, la question de la légalité de cette ordonnance est de la plus haute importance parce qu'elle constitue le fondement sur lequel la Cour d'appel s'est appuyée pour conclure que M<sup>me</sup> Seymour avait droit à la possession de l'enfant.

De fait, cependant, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également souligné que [TRADUCTION] «[e]n tant que mère de l'enfant, M<sup>me</sup> Seymour avait un droit de garde, même si elle avait consenti, au moment de la séparation, à ce que M. Dawson ait la garde des enfants» (p. 151). Il est probable que le juge Hallett faisait ici allusion à la disposition du par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* qui énonce que, en l'absence d'une ordonnance judiciaire ou disposition législative à l'effet contraire, les parents d'un enfant ont, à l'égard de celui-ci, un droit de garde égal. Par

Family Court, there could well be room to argue that Seymour's right to possession of Michael, for the purposes of s. 283 of the *Code*, can be supported on the basis of the *Family Maintenance Act*.

However, it does not fall to us to decide these points. This is not an appeal from the order of the Family Court. Nor is it a trial, at which the question of whether Seymour was entitled to the possession of Michael ought to be determined in the first instance on the basis of the evidence adduced. The trial judge made no findings on this issue, and, indeed, the appellant has indicated that there is additional evidence not presented at the first trial that may be relevant. This ground of appeal should therefore fail.

In that respect, I fully agree with my colleague Iacobucci J.'s reasons in reply to my colleague McLachlin J.'s reasons.

D. *Whether the Court of Appeal erred in law by allowing the Crown's appeal from the acquittal entered at trial, when the Crown's appeal failed to raise a question of law*

The appellant's final contention is that the Crown's appeal from the acquittal entered at trial should have been dismissed by the Court of Appeal, as it failed to raise a question of law. However, in light of the foregoing, I think it is obvious that the Crown's appeal was based on a question of law, namely the proper interpretation of the *actus reus* of s. 283 of the *Criminal Code*. This ground of appeal, like the others, should be rejected.

## VI. Conclusion

Much was made by the appellant, in his factum and in oral argument, about the agreement between Seymour and the appellant regarding Michael's upbringing. The appellant attempted, in essence, to

conséquent, même en supposant que l'appelant puisse contester avec succès la légalité de l'ordonnance du tribunal de la famille, il pourrait néanmoins être possible de plaider que le droit de M<sup>me</sup> Seymour à la possession de Michael puisse, pour l'application de l'art. 283 du *Code*, s'appuyer sur la *Family Maintenance Act*.

Il ne nous appartient toutefois pas de statuer sur ces questions. Le présent pourvoi ne vise pas l'ordonnance du tribunal de la famille. Il n'est pas non plus un procès où il faudrait trancher, à la lumière de la preuve présentée, la question de savoir si M<sup>me</sup> Seymour avait droit à la possession de Michael. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion sur cette question et, de fait, l'appelant a indiqué qu'il y a des éléments de preuve additionnels, non présentés au premier procès, qui pourraient s'avérer pertinents. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

À cet égard, je suis entièrement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Iacobucci en réponse aux motifs de ma collègue Madame le juge McLachlin.

D. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement prononcé au procès, alors que cet appel ne soulevait aucune question de droit?*

Le dernier argument de l'appelant est que l'appel du ministère public contre l'acquittement inscrit au procès aurait dû être rejeté par la Cour d'appel, étant donné que cet appel ne soulevait aucune question de droit. Vu ce qui précède, je pense qu'il est évident que l'appel du ministère public était fondé sur une question de droit, c'est-à-dire l'interprétation appropriée de l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 283 du *Code criminel*. Comme les autres, ce moyen d'appel doit être rejeté.

## VI. Conclusion

L'appelant a beaucoup insisté, tant dans son mémoire qu'au cours de l'argumentation orale, sur l'entente intervenue entre lui et M<sup>me</sup> Seymour au sujet de l'éducation de Michael. Essentiellement,

35

36

37

38

paint himself as a sole custodial parent and Seymour as a mere access parent. The Crown did not allow these assertions to go unanswered. It responded that Seymour no longer assents to the arrangement, and that, in any event, s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* grants both parents joint custody of Michael in the absence of a custody order. However, as I stated at the outset, it is not the role of the Court to determine whether Seymour was entitled to possession of Michael. That determination is a matter for trial. All we are called upon to decide is whether, assuming that a person is a parent, guardian or other person having lawful care or charge of a child, an accused may be found to have taken the child with intent to deprive that person of the possession of the child even if, at the moment of the alleged offence, the deprived person did not have the possession of the child.

l'appelant a tenté de se présenter comme le seul parent gardien et de dépeindre M<sup>me</sup> Seymour comme un parent jouissant d'un simple droit d'accès. Le ministère public n'a pas laissé ces prétentions sans réponse. Il a répliqué que M<sup>me</sup> Seymour ne consent plus à l'arrangement et que, de toute façon, le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* accorde la garde conjointe de Michael au père et à la mère, en l'absence d'une ordonnance relative à la garde. Toutefois, comme je l'ai dit au départ, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si M<sup>me</sup> Seymour avait droit à la possession de Michael. Cette question doit être tranchée au procès. La seule question que nous sommes appelés à décider est de savoir si un accusé peut être déclaré coupable d'avoir enlevé un enfant avec l'intention de priver une personne — que l'on suppose être le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant — de la possession de cet enfant, même si, au moment de l'infraction reprochée, la personne dépossédée n'était pas en possession de l'enfant.

39

This question, for the reasons I have set out above, should be answered in the affirmative. The text of s. 283, the purpose and scheme of the child abduction provisions, and even the case law cited by the appellant himself, indicate that the person whom the accused intended to deprive of possession need not actually have had possession of the child at the time of the offence in order for a conviction under s. 283 to be sustained.

Pour les motifs exposés ci-dessus, cette question doit recevoir une réponse affirmative. Le texte de l'art. 283, ainsi que l'objet et l'économie des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants, et même la jurisprudence invoquée par l'appelant, indiquent qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 283, que la personne que l'accusé entendait priver de la possession de l'enfant ait eu concrètement la possession de celui-ci au moment de l'infraction.

40

I therefore agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge committed an error of law in his interpretation of s. 283, and that a new trial should be ordered. In the result, I would dismiss the appeal.

Je suis donc d'accord avec la majorité de la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'art. 283, et qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par



MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal requires us to interpret the section of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as it stood in 1992, which criminalizes child abduction by parents or guardians. Section 283(1) made it an offence for a parent, guardian or lawful custodian of a child to take a child, not the subject of a custody order, with intent to deprive another parent or guardian or lawful custodian of the child of possession of the child. It read:

**283.** (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

Section 283(1) was modified by s. 284, which reads:

**284.** No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care or charge of that young person.

Judith Seymour and Edward Dawson lived together. In 1983 they had a child, Michael. Three years later they separated. Ms. Seymour initially took the child with her. Very soon, however, she became unable to care for him. She agreed that Michael should go to live with his father, and that his father would be exclusively responsible for his

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

Il nous faut, dans le présent pourvoi, interpréter le texte du par. 283(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui était en vigueur en 1992, et qui a pour effet de criminaliser l'enlèvement d'un enfant par ses père, mère ou tuteur. Aux termes de ce paragraphe, commettait une infraction le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'un enfant qui enlevait un enfant n'ayant fait l'objet d'aucune ordonnance relative à la garde, avec l'intention de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Ce paragraphe était rédigé ainsi:

**283.** (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu'une ordonnance n'ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

L'effet du par. 283(1) était tempéré par l'art. 284, qui est rédigé ainsi:

**284.** Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 281 à 283 s'il démontre que le père, la mère, le tuteur ou l'autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés.

Judith Seymour et Edward Dawson vivaient ensemble. En 1983, ils ont eu un enfant, Michael. Ils se sont séparés trois ans plus tard. Madame Seymour a d'abord pris l'enfant avec elle, mais elle est vite devenue incapable d'en prendre soin. Elle a consenti à ce que Michael aille vivre avec son père et à ce que ce dernier assume exclusive-

upbringing. This agreement had the effect of giving Mr. Dawson sole custody of Michael.

ment la responsabilité de son éducation. Cette entente avait pour effet d'accorder à M. Dawson la garde exclusive de Michael.

43 In 1992, six years after conferring custody of the child on Mr. Dawson, Ms. Seymour objected to certain limitations that Mr. Dawson was placing on her access to the child. She obtained a court order granting her "interim liberal access" and stipulating that the child not be removed from Nova Scotia. Shortly after being served with the order, Mr. Dawson took the child to California. He advised the Family Court by letter that he was acting out of a desire to protect the child's interests.

En 1992, six ans après avoir cédé la garde de l'enfant à M. Dawson, M<sup>me</sup> Seymour a contesté certaines restrictions que M. Dawson lui imposait quant à l'accès à l'enfant. Elle a obtenu une ordonnance de la cour lui accordant un [TRADUCTION] «accès provisoire souple» et interdisant que l'enfant soit emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse. Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance, M. Dawson a emmené l'enfant en Californie. Il a fait parvenir au tribunal de la famille une lettre expliquant qu'il avait agi ainsi afin de protéger les intérêts de l'enfant.

44 Mr. Dawson was arrested in California two years later. Upon returning to Nova Scotia, he was charged with disobeying a court order contrary to s. 127(1) of the *Criminal Code* and with abducting his child contrary to s. 283(1)(a) of the *Code*.

Monsieur Dawson a été arrêté en Californie deux ans plus tard. À son retour en Nouvelle-Écosse, il a été accusé d'avoir enfreint une ordonnance du tribunal contrairement au par. 127(1) du *Code criminel* et d'avoir enlevé son enfant en contravention de l'al. 283(1)a) du *Code*.

45 The trial judge acquitted Mr. Dawson of the offence of child abduction. He held that it was an essential element of an offence under s. 283(1) that the accused have taken the child from a person entitled to possession of the child. In his view, the mother did not have possession or any right to possession of the child at the time the father took him to California; rather the child "was legally in the care of his father . . . at all [material] times". Therefore an essential element of the offence was not met.

Le juge du procès a acquitté M. Dawson de l'accusation d'enlèvement d'enfant. Il a statué qu'un des éléments essentiels de l'infraction prévue au par. 283(1) était que l'accusé ait enlevé l'enfant à une personne qui avait droit à la possession de celui-ci. De l'avis du juge, la mère n'avait ni la possession ni aucun droit à la possession de l'enfant lorsque le père a emmené celui-ci en Californie. Au contraire, l'enfant [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père [. . .] à tout moment [pertinent]». Par conséquent, il manquait un élément essentiel de l'infraction.

46 The majority of the Nova Scotia Court of Appeal, *per* Hallett J.A., interpreted s. 283(1) differently. In its view, the offence did not require that the mother have custody of the child at the time of the taking. It sufficed that the mother had a statutory right to possession of the child. The court found this right in the stipulation of the *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, which affirmed the common law rule that both parents have custody of a child. The custody agreement giving the father sole custody did not affect the mother's statutory right to custody. In the Court's

Le juge Hallett, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a interprété le par. 283(1) différemment. Selon lui, il n'était pas nécessaire pour qu'il y ait infraction que la mère ait eu la garde de l'enfant au moment de l'enlèvement. Il suffisait que la mère ait, en vertu de la loi, droit à la possession de l'enfant. La cour a trouvé ce droit dans la disposition de la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, qui a confirmé la règle de common law selon laquelle les deux parents ont la garde de leur enfant. L'entente accordant au père la garde exclusive n'avait

view, only a court order could deprive her of her custody right. It followed that the mother had a right to possession of the child sufficient to attract s. 283(1) of the *Criminal Code*. With reluctance, the Court of Appeal ordered a new trial, noting that the appellant had already paid a considerable price for his conduct.

Both the trial judge and the Court of Appeal held that in order for s. 283(1) to apply, the parent “deprived” of possession must have a right to possession of the child. The trial judge found that the parent said to be deprived in this case, the mother, did not have such right or entitlement because the custody agreement had transferred her custody rights to the father. The Court of Appeal, in contrast, held that because there was no court order concerning custody, but only an agreement, both parents had custody at common law and under the Nova Scotia *Family Maintenance Act*. Thus, the difference between the views of the trial judge and those of the Court of Appeal is based on their respective interpretations of the effect of the custody agreement between the parties. The trial judge held that an agreement giving one parent exclusive custody negates a right of the other parent to “possession” of the child of which she may be “deprived” under s. 283(1). The Court of Appeal, on the other hand, held that a custody agreement giving one parent sole custody does not remove the common law and statutory right to custody of the other parent. Only a court order giving one parent sole custody would deprive the other parent of the right to possession under the Act.

The issue arising from the judgments below is thus not whether s. 283(1) required that the “deprived” parent have possession or a right to possession of the child. All courts below agree that she must. The issue centers rather on the effect of a custody agreement, as opposed to a court order, on a parent’s common law custody rights. If it is concluded as a matter of law that a custody agreement, as opposed to a custody order, is capable of negat-

pas porté atteinte au droit de garde conféré par la loi à la mère. De l’avis de la cour, seule une ordonnance judiciaire pouvait la priver de son droit de garde. Il s’ensuit que la mère avait un droit à la possession de l’enfant donnant ouverture à l’application du par. 283(1) du *Code criminel*. Avec réticence, la Cour d’appel a ordonné un nouveau procès, soulignant que l’appelant avait déjà payé un prix considérable pour sa conduite.

Tant le juge du procès que ceux de la Cour d’appel ont statué que, pour que le par. 283(1) s’applique, le parent «dépossédé» doit avoir droit à la possession de l’enfant. Le juge du procès a conclu que le parent dit dépossédé en l’espèce, la mère, n’avait pas ce droit, puisque ses droits de garde avaient été transférés au père par l’entente relative à la garde. À l’opposé, la Cour d’appel a conclu que, comme il n’existait aucune ordonnance judiciaire concernant la garde, mais seulement une entente, les deux parents avaient droit à la garde en vertu de la common law et de la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse. Par conséquent, la différence de vues entre le juge du procès et ceux de la Cour d’appel est fondée sur leur interprétation respective des effets de l’entente relative à la garde conclue par les parties. Le juge du procès a statué qu’une entente accordant à un parent la garde exclusive fait perdre à l’autre parent le droit à la «possession» de l’enfant, possession dont il peut être «privé» au sens du par. 283(1). La Cour d’appel, au contraire, a statué qu’une entente relative à la garde confiant à un parent la garde exclusive ne fait pas perdre le droit de garde dont l’autre parent jouit en vertu de la common law et de la loi. Seule une ordonnance judiciaire accordant à un parent la garde exclusive peut priver l’autre parent du droit à la possession que lui confère la Loi.

La question en litige soulevée par les décisions des juridictions inférieures n’est donc pas de savoir si le par. 283(1) exige que le parent «dépossédé» ait la possession ou un droit à la possession de l’enfant. Toutes les juridictions inférieures conviennent que c’est le cas. La question en litige porte plutôt principalement sur les effets d’une entente relative à la garde — en comparaison de ceux d’une ordonnance judiciaire — sur les droits

ing a parent's common law right to custody, the further question arises of whether the custody agreement in this case had that effect. If it did, a final question arises: whether possession by the mother sufficient to attract s. 283(1) may be found on other grounds, such as her access rights or her right to apply to the courts for custody.

## II. Legal Issues

The issues that emerge from the judgments under review suggest an analysis proceeding on the following lines:

(1) The nature of the requirement under s. 283(1) for the non-taking or "deprived" parent to have possession or a right to possession of the child;

(2) Whether a custody agreement, as opposed to a custody order, may remove a parent's common law right to possession for the purposes of s. 283(1);

(3) If so, whether the custody agreement in this case removed the mother's right of possession for purposes of s. 283(1);

(4) If so, whether there are alternative grounds on which the right to possession required by s. 283(1) may be asserted, such as access.

These, I perceive, are the real issues in the case. Unfortunately, a number of the arguments focussed undue attention on side-issues, such as whether custody in the "taking" parent provides an absolute defence, whether actual physical possession by the deprived parent is required by s. 283(1), and whether the father himself could consent to the taking. As will be seen, I substantially agree with L'Heureux-Dubé J.'s answers to

de garde dont dispose un parent en vertu de la common law. S'il est jugé que, en droit, une entente relative à la garde peut, au même titre qu'une ordonnance judiciaire, priver un parent du droit de garde que lui confère la common law, il faut ensuite se demander si, en l'espèce, l'entente en cause a eu cet effet. Dans l'affirmative, une deuxième question se soulève: Est-il possible d'établir une possession suffisante par la mère pour soulever l'application du par. 283(1) en se fondant sur d'autres motifs, par exemple ses droits d'accès ou son droit de demander la garde de l'enfant aux tribunaux?

## II. Les questions de droit

Les points soulevés par les jugements examinés suggèrent une analyse comportant les questions suivantes:

(1) Quelle est la nature de l'exigence faite par le par. 283(1) que le parent «dépossédé» ou qui n'enlève pas, ait la possession de l'enfant ou un droit à la possession de celui-ci?

(2) Par comparaison avec une ordonnance relative à la garde, une entente relative à la garde peut-elle, pour l'application du par. 283(1), enlever à un parent le droit à la possession que lui confère la common law?

(3) Si oui, l'entente relative à la garde conclue en l'espèce a-t-elle enlevé à la mère son droit à la possession, pour l'application du par. 283(1)?

(4) Dans l'affirmative, existe-t-il d'autres motifs, par exemple les droits d'accès, permettant d'invoquer le droit à la possession requis par le par. 283(1)?

Voilà, à mon sens, les véritables questions en litige en l'espèce. Malheureusement, bon nombre d'arguments se sont attachés de manière excessive à des questions secondaires comme celle de savoir si le fait que le parent «qui enlève» a la garde constitue une défense absolue, si le par. 283(1) exige que le parent dépossédé ait eu la possession physique, et si le père lui-même pouvait consentir à l'enlèvement. Comme nous le verrons, je sous-

these side-issues; however, I do not agree that they resolve the appeal in favour of the respondent.

1. *The Nature of the Requirement of Section 283(1) for the "Deprived" Parent to Have Possession of the Child*

Both the trial judge and the Court of Appeal accepted that for there to be an offence under s. 283(1), the parent, guardian or person having lawful care or charge of the child from whom the child is alleged to be taken or otherwise kept must have some right of possession in the child. Otherwise, it is logically impossible to find that that parent has been deprived of possession of the child, as required by s. 283(1).

Section 283(1) targets the act of taking a child where there is no custody order in place. But certain conditions must be fulfilled before the act of taking becomes criminal. The person taking must have lawful custody. And the taking must be with the "intent to deprive" the other parent "of the possession of" the child. Unless there is another parent with a right to possession of the child, the intent to deprive required by s. 283(1) cannot be established. The section thus contemplates the situation where people share custody or "possession" of the child. It makes it an offence for one of those people to take the child without the consent of the other, and with intent to deprive the other of his or her right to possession or control of the child. The most common example is the situation of joint custody which exists at common law (confirmed by statute in most provinces) between parents whether separated or living together, absent agreement or court order to the contrary.

It is thus apparent that s. 283(1) applies only where the person alleged to be "deprived" by the taking of the child, has possession of the child. Possession is used in the legal sense of right of

cris en grande partie aux réponses données par le juge L'Heureux-Dubé à ces questions secondaires. Cependant je ne suis pas d'accord qu'elles permettent de trancher le pourvoi en faveur de l'intimée.

1. *La nature de l'exigence faite par le par. 283(1) que le parent «dépossédé» ait la possession de l'enfant*

Tant le juge du procès que ceux de la Cour d'appel ont accepté que, pour qu'il y ait infraction au par. 283(1), le parent, le tuteur ou l'autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, à qui on aurait enlevé l'enfant ou qu'on empêcherait autrement de voir l'enfant, doit avoir un certain droit à la possession de celui-ci. Si ce n'était pas le cas, il serait logiquement impossible de conclure que le parent en question a été privé de la possession de l'enfant, comme l'exige le par. 283(1).

Le paragraphe 283(1) vise le fait d'enlever un enfant lorsque aucune ordonnance relative à la garde n'a été rendue par un tribunal. Toutefois, certaines conditions doivent être remplies avant que ce fait ne constitue un crime. La personne qui enlève doit avoir la garde légale de l'enfant. De plus, l'enlèvement doit être fait «avec l'intention de priver» l'autre parent «de la possession de» l'enfant. À moins qu'il n'y ait un autre parent ayant droit à la possession de l'enfant, l'intention de priver requise au par. 283(1) ne peut être établie. Ce paragraphe vise donc la situation où des personnes partagent la garde ou la «possession» de l'enfant. Aux termes de cette disposition, l'une de ces personnes commet une infraction si elle emmène l'enfant sans le consentement de l'autre intéressé et avec l'intention de priver celui-ci de son droit à la possession ou à la surveillance de l'enfant. La situation la plus fréquente est celle où il y a garde conjointe en vertu de la common law (confirmée par la loi dans la plupart des provinces) par les parents, qu'ils soient séparés ou qu'ils vivent ensemble, et où il n'y a pas d'entente ou d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire.

Il est donc évident que le par. 283(1) s'applique seulement lorsque la personne qui, prétend-on, est «dépossédée» par l'enlèvement de l'enfant a la possession de ce dernier. Le mot possession est

possession. I agree with L'Heureux-Dubé J. that it is not necessary that the deprived parent have physical possession of the child at the time of the taking. What is required, at a minimum, is that the deprived parent have a right to possession of the child, in other words, a possession right of which he or she is "deprived" by the taking. To interpret s. 283(1) as requiring actual physical possession in the deprived parent at the time of taking is not required by the words of the section and would subvert its purpose of preventing one of two persons sharing custody or possession of a child from taking or keeping the child from the other parent without that parent's consent.

54 While I agree with L'Heureux-Dubé J. that the deprived parent need not have actual physical custody of the child at the time of the taking, I do not share her view that this disposes of the issue of possession. We must go on to consider whether the parent alleged to be deprived of possession of the child in this case had a right to possession of the child.

55 Possession of a child connotes the right (and correlative obligation) to care for and control the child. It may be unilateral, or it may be shared with another person. The latter is the situation addressed by s. 283(1) of the *Criminal Code*.

56 The right of a person to possession of a child may flow from a variety of sources. It may flow from the common law right of parents, confirmed in most provinces by statute, to the custody, care and control of their children. It may be conferred by contracts, called custody agreements. Finally, it may be conferred by court order.

57 There can be no doubt that Ms. Seymour originally had a right to possession of the child at common law as confirmed by the Nova Scotia *Family Maintenance Act*. The question is whether the sep-

employé dans son sens juridique de droit à la possession. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'il n'est pas nécessaire que le parent dépossédé ait eu la possession physique de l'enfant au moment de l'enlèvement. L'exigence minimale est que le parent dépossédé ait un droit à la possession de l'enfant, en d'autres termes un droit à la possession dont il est «privé» par l'enlèvement. Interpréter le par. 283(1) comme exigeant que le parent dépossédé ait eu la possession physique serait aller au-delà de la lettre de la loi et contre son but, qui est d'empêcher que l'une des deux personnes partageant la garde ou la possession d'un enfant enlève celui-ci ou empêche l'autre parent de le voir, sans le consentement de cet autre parent.

Même si je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'il n'est pas nécessaire que le parent privé de la possession ait eu concrètement la garde physique de l'enfant au moment de l'enlèvement, je ne partage pas son point de vue selon lequel cela règle la question de la possession. Nous devons également nous demander si le parent qui, prétend-on, aurait été privé de la possession de l'enfant en l'espèce avait droit à la possession de l'enfant.

La possession d'un enfant emporte le droit (et l'obligation correlative) d'assurer le soin et la surveillance de celui-ci. Elle peut être unilatérale ou encore être partagée avec une autre personne. Cette dernière situation est visée par le par. 283(1) du *Code criminel*.

Le droit d'une personne à la possession d'un enfant peut avoir diverses sources. Il peut émaner du droit qui est reconnu aux parents par la common law et confirmé par la loi dans la plupart des provinces, d'assurer la garde, le soin et la surveillance de leurs enfants. Ce droit peut être accordé par contrats, appelés ententes relatives à la garde. Finalement, il peut être accordé par une ordonnance rendue par un tribunal.

Il ne fait aucun doute que, initialement, M<sup>me</sup> Seymour avait un droit à la possession de l'enfant en vertu de la common law, droit qui était confirmé par la *Family Maintenance Act* de la

aration agreement conferring exclusive custody on the father conveyed that right to Mr. Dawson.

2. *Is a Custody Agreement Capable of Depriving a Parent of a Common Law Right to Possession of the Child for Purposes of Section 283(1)?*

The key element of the decision of the Court of Appeal is its conclusion that the mother retained the right to custody at common law, notwithstanding the agreement between the parties that the father would have sole custody.

The appellant argues that the mother relinquished her rights to custody and possession of the child by entering into the custody agreement. The custody agreement was a contract between the appellant and the mother which, by its terms, gave exclusive custody of Michael to the appellant. Like most other contracts, a custody agreement can be oral or written, and while there was no written custody agreement in evidence before the trial judge, he was satisfied that a valid contract existed.

The mother had a right to apply to the courts for custody. But so long as the agreement remained in effect, she was contractually bound to permit the appellant to have sole custody, subject to her rights of access. Having contractually relinquished her custody right to Michael's father, she had no remaining right to possession or custody. Until the agreement was ended or overridden by court order, her only right was to access.

When a child is born, both parents have the right to its custody. This is the common law, confirmed by statute. However, a parent may give up his or her right to custody by entering into an agreement conferring sole custody on the other parent. Notwithstanding the absence of a court order, a parent who does so no longer has a right to possession of the child of which he or she can be deprived,

Nouvelle-Écosse. La question est de savoir si l'accord de séparation accordant la garde exclusive au père a transmis ce droit à M. Dawson.

2. *Une entente relative à la garde peut-elle priver un parent du droit à la possession que la common law lui confère, pour l'application du par. 283(1)?*

L'élément clé de la décision de la Cour d'appel est sa conclusion que la mère a conservé le droit de garde conféré par la common law, et ce malgré l'entente intervenue entre les parties et suivant laquelle le père aurait la garde exclusive.

L'appelant prétend que la mère a renoncé à ses droits à la garde et à la possession de l'enfant en concluant l'entente relative à la garde. Cette entente était un contrat intervenu entre l'appelant et la mère et, suivant ses conditions, cette dernière avait cédé à l'appelant la garde exclusive de Michael. Comme la plupart des autres contrats, une entente relative à la garde peut être orale ou écrite et, même si aucune entente écrite relative à la garde n'a été déposée en preuve devant le juge du procès, ce dernier était convaincu qu'un contrat valide existait.

La mère avait le droit de s'adresser aux tribunaux pour demander la garde de l'enfant. Toutefois, tant et aussi longtemps que l'entente demeurerait en vigueur, la mère était tenue par contrat de permettre à l'appelant d'exercer seul la garde, sous réserve des droits d'accès dont elle disposait. Ayant cédé contractuellement son droit de garde au père de Michael, elle n'avait plus aucun droit à la possession ou à la garde. Tant qu'il n'était pas mis fin à l'entente ou que celle-ci n'était pas écartée par une ordonnance judiciaire, son seul droit était un droit d'accès.

Lorsqu'un enfant naît, tant le père que la mère ont le droit à la garde de cet enfant. Il s'agit d'un droit reconnu par la common law et confirmé par les lois. Toutefois, un parent peut abandonner son droit à la garde en concluant une entente qui accorde la garde exclusive à l'autre parent. Malgré l'absence d'une ordonnance judiciaire, le parent qui conclut une telle entente n'a plus de droit à la

58

59

60

61

unless custody is restored by the termination of the agreement, a new agreement, or a court order. It follows that s. 283(1) would find no application in a situation where sole custody has been conferred upon the "taking" parent.

possession de l'enfant dont il pourrait être privé, à moins que son droit de garde ne soit rétabli par la résiliation de l'entente, par la signature d'une nouvelle entente ou par une ordonnance judiciaire. Il s'ensuit que le par. 283(1) ne s'appliquerait pas dans les cas où la garde exclusive a été accordée au parent «qui enlève» l'enfant.

62 Both settled legal principle and policy support this view. From the point of view of legal principle, it is unquestioned that common law rights, including the right to custody of a child, may be altered by contract.

Cette façon de voir trouve appui tant dans la politique générale que dans les principes juridiques établis. Du point de vue des principes juridiques, il est incontesté que les droits reconnus par la common law, y compris le droit à la garde d'un enfant, peuvent être modifiés par contrat.

63 Every day, hundreds of separating parents in Canada enter into custody agreements by which they do just this, and every day the courts uphold and enforce these agreements. From the point of view of policy, parents are encouraged to settle matters of custody by agreement rather than engaging the expensive and often slow process of adversarial litigation. It is probable that many more custody issues are resolved by agreement than by court orders. The legal result sought by the parties is identical, regardless of whether they settle the issue of custody out of court or through a court order. It makes no sense to treat the two situations differently. The reasoning of the Court of Appeal would require us to conclude that a parent who takes a child where a court order for custody has been made will not commit a crime, while a parent who takes a child where there is a custody agreement will be criminally liable, assuming that all other facts are identical. That cannot have been the intention of Parliament.

Tous les jours, au Canada, des centaines de couples qui se séparent concluent des ententes relatives à la garde dans lesquelles ils font précisément cela, et tous les jours les tribunaux confirment et appliquent de telles ententes. Sur le plan de la politique générale, les couples sont encouragés à régler les questions touchant la garde en concluant des ententes à cet égard plutôt qu'en engageant des actions en justice coûteuses, souvent longues et marquées par l'antagonisme. Il est probable que beaucoup plus de différends touchant la garde sont réglés par voie d'entente qu'à coup d'ordonnances judiciaires. Sur le plan juridique, le résultat recherché par les parties est le même, qu'elles règlent la question de la garde à l'amiable ou en obtenant une ordonnance de la cour. Il est illogique de traiter les deux situations différemment. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, il nous faudrait conclure que le parent qui enlève un enfant lorsqu'une ordonnance de la cour a été rendue ne commet pas de crime, alors que le parent qui enlève un enfant lorsqu'il existe une entente est responsable sur le plan criminel, en supposant que tous les autres faits sont identiques. Le législateur fédéral n'a pu avoir cette intention.

64 I conclude that a parent may cede his or her right to custody of a child by agreement, just as he or she may lose that right by court order. For the purposes of s. 283(1), there is no difference between the two situations.

Je conclus qu'un parent peut, dans une entente, céder son droit à la garde d'un enfant, comme il peut aussi en être dépouillé par une ordonnance judiciaire. Pour ce qui concerne l'application du par. 283(1), il n'y a aucune différence entre les deux situations.



Before leaving this point, I must avert to the suggestion of Iacobucci J. that unregistered custody agreements may be of no force in Nova Scotia. This argument was not raised at the hearing nor considered by any courts below. It is one of far-reaching implications, having the potential to undermine all unregistered custody agreements in the province of Nova Scotia.

This Court should not rule on this issue in *obiter dicta* in this case, but should leave the issue to a case where it is properly raised, considered and argued. Suffice it to say that it is far from apparent that the legislature in enacting s. 18(4) of the *Family Maintenance Act*, intended to oust the common law power of parents to make their own arrangements on matters of custody. As for the provision for registration of custody agreements, this is a common provision in many legislative schemes. Its intent is not to curtail the right of parties to settle their own affairs where they can do so amicably, but to enhance that right by making agreements enforceable as court orders.

I also note that the issue is raised here in the context of a criminal trial. The Crown bore the burden of showing that the appellant did not have an exclusive right of possession to the child at the time of taking. The Crown not having raised s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* at trial, it is not for this Court at this stage of the proceedings to raise it to the end of discharging the burden that lay on the Crown.

### 3. *Did the Agreement in this Case Negate the Mother's Right of Possession?*

The trial judge found that pursuant to the agreement between the parties, the appellant father had had the legal care of the child with the consent of the mother since 1986. While the father took steps

Avant de terminer sur ce point, je dois exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge Iacobucci, selon laquelle les ententes relatives à la garde qui ne sont pas enregistrées pourraient être inopérantes en Nouvelle-Écosse. Cet argument n'a pas été soulevé à l'audience ni examiné par les juridictions inférieures. Il s'agit d'un argument ayant des implications considérables et susceptibles d'éliminer, en Nouvelle-Écosse, toute entente relative à la garde non enregistrée.

Notre Cour ne doit pas se prononcer sur cette question par une opinion incidente en l'espèce, mais plutôt attendre une autre affaire où elle sera régulièrement soulevée, examinée et débattue. Il suffit de dire qu'il est loin d'être évident que, en édictant le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*, le législateur provincial entendait abolir le pouvoir reconnu par la common law aux parents de conclure leurs propres arrangements en matière de garde. En ce qui concerne l'article ayant trait à l'enregistrement des ententes relatives à la garde, il s'agit d'une disposition commune à de nombreux régimes législatifs. Son objet n'est pas de limiter le droit des parties de régler leurs propres affaires lorsqu'il leur est possible de le faire à l'amiable, mais au contraire de renforcer ce droit en rendant les ententes ainsi conclues exécutoires au même titre que les ordonnances des tribunaux.

Je tiens également à souligner que, en l'espèce, la question se soulève dans le contexte d'un procès pénal. Comme le ministère public avait la charge de démontrer que l'appellant n'avait pas le droit exclusif à la possession de l'enfant au moment de l'enlèvement. Le ministère public n'a pas invoqué le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* au procès, il n'appartient pas à notre Cour, à ce stade-ci des procédures, de prendre en considération cette disposition en vue de décharger le ministère public du fardeau qui lui incombe.

### 3. *L'entente conclue en l'espèce retirait-elle à la mère son droit à la possession?*

Le juge du procès a conclu que, conformément à l'entente intervenue entre les parties, le père appellant avait eu la garde légale de l'enfant depuis 1986, avec le consentement de la mère. Bien que le

65

66

67

68

to frustrate the mother's access, he at all times had a legal right to have the child in his care. These amount to findings that the mother, by agreement with the father, conveyed her common law right to possession and custody of the child to the father and, notwithstanding the father's frustration of access, that agreement was still in force. These findings should not have been disturbed by the Court of Appeal unless they were not supported by the evidence.

69

In fact, the evidence amply supports the trial judge's finding that the agreement conferring sole custody of the child on the father was still in force. The mother, it is true, had of late become dissatisfied with the agreement and wished to recover the custody rights she had ceded by her agreement. But she recognized that she could not break the contract unilaterally and that to regain the custody she had conveyed by contract, it would be necessary to obtain either the appellant's consent to a new arrangement or a court order granting her custody. At the time of the alleged offence, she had decided to apply for such an order. However, until it was granted, the agreement remained in effect.

70

Custody agreements are binding until terminated, amended, or set aside by court order. To suggest otherwise would be to introduce dangerous uncertainty into custody law, a domain where it is of the utmost importance that the parties know precisely what their rights are and are not. None of these events occurred in the case at bar. The trial judge correctly concluded the custody agreement remained in force. It follows that the mother did not have custody or a right to custody of the child at the time of the alleged offence. As such, the facts in the case at bar dictate that custody cannot serve as a basis for finding possession of the child required by s. 283(1).

père ait pris des dispositions pour empêcher la mère d'avoir accès à l'enfant, il avait eu, en droit, la garde de l'enfant pendant toute la période en cause. Cela équivaut à conclure que la mère, en vertu d'une entente avec le père, a transféré à ce dernier le droit à la possession et à la garde de l'enfant qu'elle avait en vertu de la common law et que, malgré les actes du père empêchant la mère d'avoir accès à l'enfant, l'entente restait en vigueur. La Cour d'appel ne pouvait modifier ces conclusions que si elles n'étaient pas étayées par la preuve.

En fait, la preuve soutient amplement la conclusion du juge selon laquelle l'entente conférant au père la garde exclusive de l'enfant était encore en vigueur. Il est vrai que, avant les événements, la mère s'était montrée insatisfaite de l'entente et avait exprimé le souhait de recouvrer les droits de garde qu'elle avait cédés par cette entente. Toutefois, elle reconnaissait qu'elle ne pouvait pas rompre le contrat unilatéralement et que, pour recouvrer la garde qu'elle avait transférée par contrat, il lui serait nécessaire d'obtenir soit le consentement de l'appelant à un nouvel arrangement, soit une ordonnance judiciaire lui accordant la garde. Au moment de l'infraction reprochée, elle avait décidé de demander cette ordonnance. Cependant, l'entente demeurait en vigueur tant qu'une telle ordonnance n'était pas rendue.

Les parties à une entente relative à la garde sont liées par cette entente, tant que celle-ci n'est pas résiliée, modifiée ou encore annulée par une ordonnance judiciaire. Suggérer le contraire créerait une dangereuse incertitude dans le droit relatif à la garde, domaine où il est de la plus haute importance que les parties sachent précisément quels sont leurs droits. Aucune de ces situations n'est survenue en l'espèce. Le juge du procès a à bon droit conclu qu'elle était encore en vigueur. Il s'ensuit que la mère n'avait, au moment de l'infraction reprochée, ni la garde de l'enfant ni un droit à la garde de celui-ci. Par conséquent, il ressort des faits de l'espèce que la garde ne peut servir de fondement justifiant de conclure à l'existence de la possession de l'enfant requise par le par. 283(1).

4. *Can the Mother's Possession Under Section 283(1) of the Criminal Code Be Established on Other Grounds?*

It has been held that the words "having the lawful care or charge" of a child following "parent, guardian or person" in s. 283(1) does not mean that all persons enumerated in the phrase must have lawful care or charge of the child: *R. v. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264 (Alta. C.A.). For the purposes of this case, I am prepared to proceed on that basis. This raises the possibility that a parent not having custody rights may be the object of a deprivation under s. 283(1). This in turn raises the question of whether interfering with the exercise of access rights can constitute a deprivation of possession under s. 283(1).

Possession, in my view, is different from access. Access refers to the right to visit the child. Often it entails giving the access parent temporary possession of the child. But possession is not an inherent or necessary quality of access. Possession, in contrast to access, comports the right and responsibility of care and control of the child.

Whether the parent has sufficient care and control of the child to have possession for the purposes of s. 283(1) in cases falling short of express custody is a matter of fact for the trial judge to decide. The terms of access may be so generous that the non-custodial spouse in fact exercises a significant degree of care and control over the child. The British Columbia Court of Appeal proceeded on this basis in *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393. In that case the father had custody. However, the mother had access for three days of the week. In affirming a conviction following the father's move with the child from British Columbia to Toronto, Taylor J.A. reasoned that the access order in question amounted to a transfer of

4. *La mère peut-elle, en se fondant sur d'autres motifs, établir la possession requise par le par. 283(1) du Code criminel?*

Il a été jugé que l'expression «ayant la garde ou la charge légale» d'un enfant, qui suit les mots «le père, la mère, le tuteur ou une personne» au par. 283(1), ne signifie pas que toutes les personnes énumérées doivent avoir la garde ou la charge légale de l'enfant: voir l'arrêt *R. c. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264 (C.A. Alb.). Pour les fins de la présente affaire, je suis disposée à me fonder sur cette prémisse. Cette constatation soulève la possibilité qu'un parent qui n'a pas le droit de garde puisse être victime de la privation visée au par. 283(1). Cette possibilité soulève à son tour la question de savoir si le fait d'entraver l'exercice des droits d'accès peut constituer la privation de possession visée au par. 283(1).

À mon avis, la possession diffère de l'accès. L'accès correspond au droit de visiter l'enfant. Souvent, cela emporte le fait de confier temporairement la possession de l'enfant. Cependant, la possession n'est pas un attribut inhérent ou nécessaire à l'accès. Par opposition à l'accès, la possession comporte le droit et la responsabilité d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant.

La question de savoir si, dans les cas où la garde n'a pas été attribuée de façon expresse au parent en cause, celui-ci assure le soin et la surveillance de l'enfant dans une mesure suffisante pour en avoir la possession au sens du par. 283(1), est une question de fait qu'il appartient au juge du procès de trancher. Les conditions d'accès peuvent être si généreuses que l'époux qui n'a pas la garde assure, dans une mesure considérable, le soin et la surveillance de l'enfant. C'est sur ce fondement que s'est appuyée la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393. Dans cette affaire, le père avait la garde de l'enfant. Toutefois, la mère avait accès à l'enfant trois jours par semaine. Confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre le père par suite de son déménagement avec l'enfant de la Colombie-Britannique à Toronto, le juge Taylor a conclu que l'ordonnance en cause, qui accordait des droits d'accès, avait pour effet de

71

72

73

care and custody of the child to the access parent (at p. 397):

While the word "access" is used, indicating that the order does not contemplate joint, or alternating, custody, what is granted by such an order as this is more than merely a right to visit while the child is in the possession, care, or charge of the other parent. It involves transfer of the child from the possession, care or charge of the "custodial parent" to that of the non-custodial parent.

transférer la garde de l'enfant au parent titulaire de ces droits d'accès (à la p. 397):

[TRADUCTION] Même si on utilise le mot «accès», indiquant que l'ordonnance n'envisage pas une garde conjointe ou assumée en alternance, ce qui est accordé par l'ordonnance est plus qu'un simple droit de visiter l'enfant pendant que l'autre parent en a la possession, la garde ou la charge. Cela implique le transfert de la possession, de la garde ou de la charge de l'enfant du «parent qui a la garde» à celui qui ne l'a pas.

74 This decision confirms that in order to support a charge of child abduction, the parent deprived of possession must have an express right to custody, or failing this, rights which establish a custody-like obligation of care and control over the child.

Cette décision confirme que, pour étayer une accusation d'enlèvement d'enfant, le parent privé de la possession doit avoir un droit de garde exprès ou, à défaut d'un tel droit, des droits établissant qu'il a, envers l'enfant, une obligation de soin et de surveillance assimilable à la garde.

75 The findings of the trial judge in the case at bar negate any suggestion that the mother had any control or responsibility over the child. She had the right to visit the child; she did not have the control or responsibility for him required to establish possession. This was the case both under the agreed provisions as to access and the access established by the court order.

Les conclusions tirées par le juge du procès en l'espèce réfutent toute suggestion que la mère avait la surveillance ou la responsabilité de l'enfant. Elle avait le droit de le visiter; elle n'assumait pas, à son égard, la responsabilité ou la surveillance requise pour établir la possession. Il en était ainsi tant en vertu des dispositions de l'entente concernant l'accès qu'en vertu du droit d'accès établi par l'ordonnance de la cour.

76 It was faintly suggested that there was interference with Ms. Seymour's possession of the child in the sense that the appellant's conduct prejudiced the exercise of a future possible right to court-ordered custody. I see little merit in this suggestion. Section 283(1) refers not to possible future possession, but to possession *simpliciter*. In a criminal law statute, that can only be interpreted as an actual right of possession at the time of the taking.

On a vaguement prétendu qu'il y avait atteinte au droit de M<sup>me</sup> Seymour à la possession de l'enfant en ce sens que la conduite de l'appelant compromettrait l'exercice d'un droit qui pourrait être accordé dans le futur par ordonnance judiciaire. Cet argument a, selon moi, peu de fondement. Le paragraphe 283(1) vise non pas une possible possession future, mais la possession concrète. Dans une loi pénale, ce mot ne peut être interprété qu'au sens de droit à la possession existant concrètement au moment de l'enlèvement.

### III. The Defence of Consent

### III. Le moyen de défense fondé sur le consentement

77 Having concluded that the trial judge did not err in finding that the mother retained no right of possession to the child sufficient to found the deprivation of possession required by s. 283(1), it is

Vu ma conclusion que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant que la mère n'avait pas conservé un droit à la possession suffisant pour conclure à la privation de possession requise par le

unnecessary to consider the defence of consent provided by s. 284:

**284.** No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care or charge of that young person. [Emphasis added.]

I observe only that I agree with L'Heureux-Dubé J. that it makes no sense to suggest that the taking parent could himself provide the necessary consent. Clearly what Parliament had in mind as a defence was the consent of the parent deprived of possession of the child by the taking. The fact that Parliament chose to describe that person as a person "having the lawful possession, care or charge of" the child in s. 284 confirms the view expressed above that the deprived person must have a present right to possession, in the sense of care and control, of the child.

#### IV. The Common Sense Perspective

Section 283(1) of the *Criminal Code* is not a model of clarity, as the history of this case attests. My analysis to this point has centered on the wording of the section — wording that suggests, if I am right, that it is essential to conviction of the crime of abduction of a child under the section that there be a person who had possession of the child, in the sense of custody or a custody-like right of care and control of the child. But where the section is as important as this one is, a court charged with settling its meaning would be remiss if it did not consider the common sense perspective. How was the section intended to function? How, as interpreted, does it function?

In support of the ruling of the Court of Appeal, it is argued that s. 283(1) should apply wherever a custodial parent takes, entices, conceals, detains,

par. 283(1), il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen de défense fondé sur le consentement prévu par l'art. 284:

**284.** Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 281 à 283 s'il démontre que le père, la mère, le tuteur ou l'autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés. [Je souligne.]

Je souligne seulement que je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé que cela n'a aucun sens d'affirmer que le parent qui enlève pourrait lui-même donner le consentement requis. Manifestement, le consentement qu'envisageait le législateur fédéral comme moyen de défense était celui du parent privé de la possession de l'enfant. Le fait que le législateur ait choisi de décrire cette personne comme celle qui «avait la garde ou la charge légale» de l'enfant, à l'art. 284, confirme l'opinion exprimée précédemment que la personne privée de la possession doit avoir un droit actuel à la possession de l'enfant, au sens de droit d'assurer le soin et la surveillance de celui-ci.

#### IV. L'angle du bon sens

Le paragraphe 283(1) du *Code criminel* n'est pas un modèle de clarté, comme l'atteste l'histoire de la présente affaire. Jusqu'ici, mon analyse s'est attachée au libellé de l'article, libellé qui suggère, si j'ai raison, qu'il est essentiel, afin qu'il y ait condamnation pour le crime d'enlèvement d'enfant prévu à cet article, qu'il y ait une personne qui avait la possession de l'enfant, possession au sens de garde ou de droit assimilable à la garde d'assurer le soin et la surveillance de cet enfant. Cependant, le tribunal appelé à déterminer le sens d'un article aussi important que celui qui nous intéresse négligerait ses devoirs s'il ne l'examinait pas sous l'angle du bon sens. De quelle façon voulait-on que l'article soit appliqué? De quelle façon, suivant l'interprétation qu'on en donne, est-il appliqué?

Au soutien de l'arrêt de la Cour d'appel, on plaide que le par. 283(1) devrait s'appliquer dans tous les cas où un parent ayant la garde enlève,

receives or harbours a child with intent to in any way deprive the other parent or guardian of any right of control of the child, even a bare right to visit the child. Interpreted thus, a custodial parent who is late in delivering a child for an access visit could be charged with a crime and imprisoned for up to ten years.

81 The respondent argues that the breadth conferred by this interpretation is mitigated by two factors. First, intent to deprive must be demonstrated. Second, the Attorney General must consent to prosecutions under the section.

82 Neither factor offers great reassurance. Intent in criminal law is generally inferred from conduct. A person taking a child will be presumed to intend whatever deprivation a reasonable person in his position would have foreseen. It is not unrealistic to suppose that thousands of custody and access violations occur in this country each day. Most are committed by people who know full well that their breach may deprive the other parent, however temporarily or trivially, of some present or potential contact with the child. Intent will easily be inferred in such cases. Is this the stuff, one is compelled to ask, of the criminal law?

83 The respondent concedes that the interpretation it advocates might result in prosecuting as criminals people whose conduct falls far short of what society would regard as criminal. However, the respondent also submits that this situation is remedied by the requirement of the *Criminal Code* that the Attorney General authorize prosecutions under this section. This reasoning amounts to attributing to Parliament the intention to place people guilty of civil default in violation of the criminal law of this land; then remedying the overkill by conferring on the executive branch the discretion whether or not to proceed with prosecution. I cannot hazard what was in the mind of the Parliamentarians when they passed the requirement of the

entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge un enfant avec l'intention, d'une façon ou d'une autre, de priver l'autre parent ou tuteur de l'exercice de tout droit de surveillance de l'enfant, même du simple droit de visiter l'enfant. Suivant une telle interprétation, le parent tuteur qui amène en retard un enfant en vue de l'exercice d'un droit de visite pourrait être accusé d'avoir commis un crime et pourrait passer jusqu'à dix ans en prison.

L'intimée allègue que la portée de cette interprétation est atténuée par deux facteurs. Premièrement, il faut faire la preuve de l'intention de priver de la possession. Deuxièmement, le procureur général doit consentir à ce que des poursuites soient engagées en vertu de cet article.

Ni l'un ni l'autre de ces facteurs rassurent beaucoup. En droit pénal, l'intention est généralement inférée de la conduite. La personne qui enlève un enfant sera présumée avoir eu l'intention de causer toute privation qu'une personne raisonnable placée dans sa situation pouvait prévoir. Il n'est pas irréaliste de supposer que des milliers d'infractions à des droits d'accès ou de garde sont commises quotidiennement au pays. Dans la plupart des cas, elles sont commises par des personnes qui savent très bien que leur infraction peut, même si ce n'est que de façon temporaire ou anodine, priver l'autre parent d'un contact présent ou potentiel avec l'enfant. Dans ces situations, il est facile d'inférer l'intention. Mais s'agit-il là, doit-on se demander, du genre de situations relevant du droit pénal?

L'intimée reconnaît que l'interprétation qu'elle défend pourrait faire en sorte que seraient poursuivies, comme des criminels, des personnes dont la conduite est par ailleurs loin de constituer ce que la société considère comme une conduite criminelle. Cependant, l'intimée affirme également que cette situation est corrigée par le fait que le *Code criminel* exige que le procureur général autorise l'engagement de poursuites fondées sur cet article. Ce raisonnement équivaut à attribuer au législateur fédéral l'intention de criminaliser des fautes civiles, puis de corriger cet excès en conférant à l'exécutif le pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites. Je ne me hasarderai pas à deviner ce que les parlementaires avaient à l'esprit

Attorney General's consent to prosecution. Perhaps it was nothing more than a desire to prevent frivolous private prosecutions in an area of the law where emotions often run high. I can, however, assert that the intention that the respondent would have us attribute to Parliament is unworthy of this country's history and Constitution. The suggestion of legislating broad criminal laws and then attempting to cure the overbreadth by the conferral of prosecutorial discretion is not to be countenanced. The citizen has a right to know what conduct will result in the stigma of criminal conviction and punishment. That knowledge should be spelled out by Parliament, not left to the whim of the Attorney General and his or her staff. To live under the cloud of prosecutorial restraint is in itself punishment. Moreover, the need for executive permission to prosecute offers little comfort to the person whose conduct may, in the minds of others, be unfairly stigmatized as criminal.

At the same time, the evil targeted by Parliament — the taking or keeping of children from those who have the right and responsibility to contribute to their care and upbringing — must not be minimized. Unlike more trivial defalcations of custodial obligations, child abduction constitutes an immediate injury against not only the other parent, but more importantly against the child, who is deprived of that parent's care and control. This is misconduct of the most serious order. Where it is done with intent, criminal sanctions properly lie. The line between wrongful but non-criminal failure to respect parental rights on the one hand, and child abduction under s. 283(1) on the other, lies at the point where the wrongdoer takes the child with intent to thwart the established right (by court order or agreement) of control and care of the other parent. On one side of the line the remedies are civil, on the other criminal. Section 283(1) draws the line at this point by requiring intent to deprive the other parent of possession of the child, a concept that goes beyond mere interference with

lorsqu'ils ont édicté l'exigence que le procureur général consente à l'engagement de poursuites. Peut-être n'était-ce que le désir, dans un domaine du droit où les émotions sont souvent à fleur de peau, d'empêcher des poursuites privées. Je peux cependant affirmer que l'intention que l'intimée voudrait nous voir imputer au législateur est indigne de l'histoire de notre pays et de sa Constitution. L'idée de voter des lois pénales de portée large et ensuite de tenter de limiter leur application en conférant un pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non ne saurait être admise. Le citoyen est en droit de savoir quelles sont les conduites auxquelles s'attachent les stigmates d'une condamnation et d'une sanction pénales. Ces renseignements devraient être énoncés de façon claire par le législateur, et leur communication ne devrait pas être laissée au caprice du procureur général ou de son personnel. Le fait d'être à la merci de la décision du poursuivant de faire montre de retenue est en soi une peine. En outre, la nécessité d'obtenir l'autorisation du pouvoir exécutif pour intenter des poursuites offre peu de réconfort à la personne dont la conduite peut, dans l'esprit des autres, être injustement perçue comme criminelle.

En même temps, le mal que le législateur tente d'éradiquer — le fait d'enlever des enfants aux personnes qui ont le droit et la responsabilité de contribuer à leur soin et à leur éducation ou d'empêcher les enfants de voir ces personnes — ne doit pas être minimisé. Contrairement à certains manquements moins importants aux obligations relatives à la garde, l'enlèvement d'un enfant cause un préjudice immédiat, non seulement à l'autre parent mais, plus important encore, à l'enfant, qui est alors privé des soins et de la surveillance de cet autre parent. Il s'agit d'une faute d'une gravité extrême. Lorsqu'elle est commise intentionnellement, il convient d'appliquer des sanctions pénales. La ligne de démarcation entre la violation répréhensible mais non criminelle de droits parentaux, d'une part, et l'enlèvement d'enfant prévu au par. 283(1), d'autre part, se situe au point où l'auteur de la faute enlève l'enfant avec l'intention de contrecarrer le droit établi (par ordonnance judiciaire ou par une entente) que possède l'autre parent d'assurer le soin et la surveillance de l'en-

access rights or a hypothetical possibility of a future right to possession. While arguments can be raised for an interpretation of s. 283(1) that would criminalize virtually any interference with access rights or future custody rights, I see no reason to strain to accept them. Given the severity of the criminal sanction, reserved for the most reprehensible conduct in our society, there is no reason to interpret the section more broadly. Less serious breaches are better left to civil sanctions than to the ultimate sanction of conviction and imprisonment.

#### V. Conclusion

85

The trial judge did not err in concluding that the custody agreement deprived the mother of a right of possession sufficient to support the deprivation of possession required by s. 283(1) of the *Criminal Code*. The error lay rather with the Court of Appeal, which concluded that the custody agreement, as opposed to a court order, could not affect a parent's original right to custody.

86

I would allow the appeal and set aside the conviction.

The reasons of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

87

IACOBUCCI J. — I agree with the reasons of my colleague, L'Heureux-Dubé J., and with her disposition of this appeal. However, I wish to make some comments that are intended to reinforce her views and that address, in part, the approach taken by my colleague, McLachlin J.

fant. D'un côté de cette ligne, les recours sont de nature civile, alors que de l'autre ils sont de nature pénale. Le paragraphe 283(1) fixe la ligne de démarcation à cet endroit en exigeant la preuve de l'intention de priver l'autre parent de la possession de l'enfant, concept qui va au-delà de la simple atteinte à des droits d'accès ou à un hypothétique droit futur à la possession. Bien que des arguments puissent être présentés en faveur d'une interprétation du par. 283(1) qui criminaliserait pratiquement toute atteinte à des droits d'accès ou à des droits de garde futurs, je ne vois aucune raison qui me pousse à les accepter. Étant donné la sévérité des sanctions pénales, sanctions qui sont réservées aux conduites les plus répréhensibles dans notre société, il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus large à cet article. Il vaut mieux appliquer aux fautes moins graves les sanctions civiles plutôt que les sanctions ultimes que sont la déclaration de culpabilité et l'emprisonnement.

#### V. Conclusion

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'entente relative à la garde a privé la mère d'un droit à la possession suffisant pour étayer l'existence de la privation de possession requise par le par. 283(1) du *Code criminel*. C'est plutôt la Cour d'appel qui a commis une erreur en concluant que l'entente relative à la garde ne pouvait pas, contrairement à une ordonnance de la cour, modifier le droit à la garde que possède initialement un parent.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je suis d'accord avec les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé ainsi qu'avec la façon dont elle tranche le présent pourvoi. Je tiens toutefois à faire quelques commentaires pour appuyer son opinion et pour répondre, en partie, au point de vue adopté par ma collègue le juge McLachlin.



I am somewhat concerned with McLachlin J.'s emphasis on contract principles to resolve this appeal, not only because, as L'Heureux-Dubé J. correctly mentions, the question of contract law is a factual one for the trial court, but also because the role of contract issues in this appeal is not as clear in my view as it is in McLachlin J.'s. I say this for a number of reasons.

First, it would appear that, in cases such as this one, Nova Scotia's *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, supplants the common law of contracts as it pertains to agreements between spouses on care and custody matters. As L'Heureux-Dubé J. points out, s. 18(4) of that Act establishes a presumption of joint guardianship:

18...

(4) Subject to this Act, the father and mother of a child are joint guardians and are equally entitled to the care and custody of the child unless otherwise

(a) provided by the *Guardianship Act*; or

(b) ordered by a court of competent jurisdiction.

However, even more important in this respect is s. 52 of the *Family Maintenance Act* (as am. by S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 63(4)), which describes the effect of custody agreements:

#### Registration of agreement

**52 (1)** A judge may, with the consent of either parties, register in the court an agreement entered into between the parties respecting maintenance or respecting care and custody or access and visiting privileges or any amendment made to that agreement.

L'importance que le juge McLachlin accorde aux principes du droit des contrats pour trancher le présent pourvoi me préoccupe un peu, non seulement parce que, comme le mentionne correctement le juge L'Heureux-Dubé, la question soulevant le droit des contrats est une question de fait qui relève du tribunal de première instance, mais aussi parce que le rôle des considérations contractuelles dans le présent pourvoi n'est pas, quant à moi, aussi clair qu'il paraît l'être pour le juge McLachlin. Je suis de cet avis pour un certain nombre de raisons.

Premièrement, il semble que, dans les affaires comme celle qui intéresse, la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, de la Nouvelle-Écosse écarte l'application des règles de common law en matière contractuelle en ce qui concerne les ententes conclues entre les époux relativement au soin et à la garde des enfants. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé, le par. 18(4) de la Loi établit une présomption de tutelle conjointe:

[TRADUCTION] 18...

(4) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le père et la mère d'un enfant sont cotuteurs de celui-ci et ils ont un droit égal d'assurer le soin et la garde de l'enfant:

a) sauf disposition contraire de la *Guardianship Act*;

b) sauf ordonnance à l'effet contraire émanant d'un tribunal compétent.

Cependant, l'art. 52 de la *Family Maintenance Act* (mod. par S.N.S. 1994-95, ch. 6, par. 63(4)) est encore plus important à cet égard, car il décrit l'effet des ententes relatives à la garde:

[TRADUCTION]

#### Enregistrement des ententes

**52 (1)** Un juge peut, avec le consentement de l'une des parties, enregistrer auprès de la cour une entente conclue par les parties relativement à l'entretien, au soin et à la garde ou aux privilèges d'accès et de visite, ou toute modification de cette entente.

88

89

90

### Inquiry into agreement

(2) Before registering an agreement pursuant to subsection (1), a judge may inquire into the merits of the agreement and, after giving the parties an opportunity to be heard, may vary its terms as he deems fit.

### Effect of registration

(3) An agreement, including amendments registered pursuant to this Section, shall for all purposes have the effect of an order for maintenance or respecting care and custody or access and visiting privileges made under this Act.

It should also be noted that s. 4 of the *Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, c. 189, provides that the parents may, "by instrument in writing executed in the presence of two witnesses", appoint a guardian for their child. This provision is not relevant on the facts of this case, however, because it is nowhere suggested that the purpose of the "agreement" between the appellant and Seymour was to appoint a guardian.

91 Pursuant to s. 52 of the *Family Maintenance Act*, a registered custody agreement may have the same effect as a court order. If a custody agreement could, by virtue of the common law alone, upset the statutory presumption of joint entitlement to care and custody, then the requirement of registration in s. 52 would be rendered meaningless — an agreement would have the effect of an order without being registered.

92 On the basis of the foregoing, the role of the purported custody "agreement" between the parties can arguably be safely discounted. The law establishes, as a baseline, that both parents are entitled to care and custody of the child unless a court orders otherwise: *Family Maintenance Act*, s. 18(4). An agreement may have the effect of an order, but only if it has been registered in the court: s. 52. No formal order was made in this case, and the agreement at issue in this case appears not to have been registered. I should pause to mention that the order of March 10, 1992 granted "interim liberal access" to the mother. It could be argued that this order, by implication,

### Examen de l'entente

(2) Avant d'enregistrer une entente conformément au paragraphe (1), le juge peut examiner le bien-fondé de l'entente, et, après avoir donné aux parties la possibilité de se faire entendre, il peut y apporter les modifications qu'il estime appropriées.

### Effet de l'enregistrement

(3) Les ententes et les modifications enregistrées conformément au présent article produisent les mêmes effets qu'une ordonnance rendue en vertu de la présente loi relativement à l'entretien, au soin et à la garde ou aux privilèges d'accès et de visite.

Il convient également de souligner que, aux termes de l'art. 4 de la *Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 189, les parents peuvent [TRADUCTION] «par instrument écrit, passé en présence de deux témoins», nommer un tuteur à leur enfant. Toutefois, cette disposition n'est pas pertinente en l'espèce, car rien n'indique que l'«entente» entre l'appellant et M<sup>me</sup> Seymour avait pour but de nommer un tuteur.

En vertu de l'art. 52 de la *Family Maintenance Act*, une entente relative à la garde enregistrée peut avoir le même effet qu'une ordonnance de la cour. Si une entente relative à la garde pouvait, par l'effet de la common law seule, réfuter la présomption légale de droit égal d'assurer le soin et la garde de l'enfant, l'obligation d'enregistrement prévue par l'art. 52 deviendrait alors inutile — une entente aurait l'effet d'une ordonnance sans qu'elle ait été enregistrée.

Compte tenu de ce qui précède, on peut sans crainte soutenir que la présumée «entente» relative à la garde entre les parties ne joue aucun rôle. Le droit établit, comme principe de base, que les deux parents ont le droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant, sauf ordonnance judiciaire à l'effet contraire: par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*. Une entente peut produire les mêmes qu'une ordonnance, mais seulement si elle a été enregistrée auprès de la cour: art. 52. Aucune ordonnance formelle n'a été rendue en l'espèce, et il semble que l'entente n'a pas été enregistrée. Je tiens à mentionner que l'ordonnance du 10 mars 1992 accordait à la mère un [TRADUCTION] «accès provi-

grants care and custody to the father. However, I do not think that something as important as a parent's statutory right to joint custody of her child should be abrogated except in the clearest of terms. I suspect that the mother did not raise s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* at the interim hearing, and that the judge's decision to grant "interim liberal access" consequently reflects unawareness of that provision. And in any case, if it were found that the order of March 10, 1992 was an order respecting custody, s. 283 would not even apply. The relevant provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, would then be s. 282.

Therefore, as there was no order made by the court otherwise, there was no evidence before it that might upset the statutory presumption of joint care and custody. Both parents retained their entitlement to care and custody of the child. Consequently, it cannot be said, on the basis of the agreement, that the appellant did not take Michael from the possession of his mother.

However, even if I were to accept that the common law governs in this case, I still would have trouble with the argument advanced by my colleague. It is one of the features of the law of contracts that the freedom of the parties to arrange their own affairs will in certain cases yield to concerns of policy. For reasons of equity, terms are often implied that do not exist on a literal reading of the instrument. In a case such as this one, it may well be that a fair implication is that any giving up of custody by one parent is subject to the condition that the other parent should not abscond with the child. Thus, even if the parents did agree that the father should have care and custody of the child, arguably it was not in the contemplation of the mother to authorize the spiriting of the child out of the country. I acknowledge the contrary argument, namely, that, if this implied term were accepted, parents would be unable to conclude binding

soire souple». On pourrait prétendre, par implication, que cette ordonnance accorde le soin et la garde au père. Toutefois, je n'estime pas qu'une chose aussi importante que le droit à la garde conjointe de l'enfant accordé par la loi à un parent peut être abrogé autrement que par une disposition très claire en ce sens. Je soupçonne que la mère n'a pas invoqué le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* à l'audience concernant les mesures provisoires et que la décision du juge d'accorder un «accès provisoire souple» ne tient en conséquence pas compte de cette disposition. D'ailleurs, quoi qu'il en soit, s'il était jugé que l'ordonnance du 10 mars 1992 était une ordonnance relative à la garde, l'art. 283 ne s'appliquerait même pas. La disposition pertinente serait alors plutôt l'art. 282 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Par conséquent, comme il n'y avait pas d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de réfuter la présomption légale concernant le caractère conjoint de la garde et du soin de l'enfant. Le père et la mère conservaient leur droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant. Par conséquent, il est impossible d'affirmer, en se fondant sur l'entente, que l'appelant n'a pas enlevé Michael à la possession de sa mère.

Toutefois, même si j'acceptais que le présent cas est régi par la common law, je continuerais d'avoir de la difficulté avec l'argument avancé par ma collègue. Une des caractéristiques du droit des contrats est que, dans certains cas, la liberté des parties d'arranger leurs affaires comme elles l'entendent cède le pas à des considérations de politique générale. Il arrive souvent, pour des raisons fondées sur l'*equity*, que l'on infère l'existence de conditions ne figurant pas explicitement dans un instrument. Dans une affaire comme la présente, il est bien possible qu'il soit juste d'inférer que la renonciation à la garde par un parent est assujettie à la condition que l'autre parent ne s'enfuie pas avec l'enfant. Par conséquent, même si les parents ont bel et bien convenu que le père assumerait le soin et la garde de l'enfant, on peut affirmer que ce n'était pas en envisageant que la mère autorisait que l'on emmène clandestinement l'enfant hors du pays.

agreements respecting custody. However, I do not mean to suggest that no agreement could ever confer unfettered care and custody on one parent. My point is that the inquiry must be an *ad hoc* one to be determined according to all circumstances of the case. I have simply not seen sufficient evidence concerning the agreement in this case to say whether it might have conferred absolute care and custody on the father. And, as L'Heureux-Dubé J. has said, it is not the role of this Court to settle the precise legal significance of whatever agreement might have existed between the appellant and Seymour because that matter is not properly before us.

J'admets l'argument contraire, soit que, si cette condition implicite était acceptée, les parents seraient incapables de conclure des ententes les liant en matière de garde. Cependant, je ne suggère pas par là qu'une entente ne peut jamais avoir pour effet d'accorder sans réserve à l'un des parents le soin et la garde de l'enfant. Le point que je veux souligner c'est que l'examen doit être fait au cas par cas et tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. En l'espèce, je n'ai tout simplement pas vu suffisamment d'éléments de preuve relatifs à l'entente pour décider si celle-ci a pu conférer de manière absolue au père le soin et la garde de l'enfant. De plus, comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer la portée juridique précise de l'entente qui a pu exister entre l'appelant et M<sup>me</sup> Seymour, parce que nous ne sommes pas saisis de cette question.

95

My final comments relate to the role that intent plays in narrowing the scope of s. 283. I agree that intent can in many cases be inferred from conduct. However, if this is so it is because the inference makes sense. To impugn or make light of the inference from conduct to intent is to challenge one of the most fundamental inferences known to criminal evidence. No trier of fact, however clairvoyant, is privy to the thoughts of the accused. The indicia of intent are generally external, but they are not for that reason unreliable. If, having heard all the evidence, a judge or a jury concludes that an accused acted with a certain intent, chances are good that the accused did act with that intent. Although I appreciate the concern that a parent who inadvertently and only technically breaches the other parent's custody rights may face imprisonment, I wish to emphasize that the *mens rea* of the offence is not simply the intention to take the child, but the intention to take the child from the possession of one who is entitled to that possession. If a parent acts with the latter kind of intent, then it is not an extraordinary thing that he or she should face the sanction of the criminal law. Surely the parent whose only offence is to return his child to the custodial parent five minutes late does not have the requisite intent, and so is unlikely to face prosecution. While such a parent may know that he has, in however small a measure, deprived the custodial

Mon dernier commentaire porte sur le rôle que joue l'intention dans la limitation de la portée de l'art. 283. Je suis d'accord que l'intention peut, dans bon nombre de cas, être inférée de la conduite. Toutefois, s'il en est ainsi, c'est que l'inférence est logique. Attaquer ou traiter superficiellement le fait d'inférer l'intention de la conduite c'est contester l'une des inférences les plus fondamentales en matière de preuve pénale. Aucun juge des faits, aussi sagace qu'il puisse être, ne peut lire les pensées de l'accusé. Les indices de l'intention sont généralement externes, mais cela ne veut pas dire pour autant qu'ils ne sont pas fiables. Si, après avoir entendu toute la preuve, le juge ou le jury conclut qu'un accusé a agi dans une intention donnée, il y a de bonnes chances que l'accusé ait agi dans cette intention. Bien que je comprenne l'inquiétude que soulève la possibilité qu'un parent qui viole par inadvertance et de façon technique seulement les droits de garde de l'autre parent risque l'emprisonnement, je tiens à souligner que la *mens rea* de l'infraction n'est pas seulement l'intention d'enlever l'enfant, mais l'intention d'enlever l'enfant à la possession d'une personne qui a droit à cette possession. Si un parent agit dans cette dernière intention, il n'y a alors rien d'extraordinaire à ce qu'il soit assujéti aux rigueurs du droit pénal. Le parent dont la seule infraction est de ramener l'enfant au parent gardien cinq minutes en

parent of possession of her child, it does not follow that he intends that consequence. Prosecution of trifling offences under s. 283 is not to be expected, because the offence described in s. 283 is not trifling.

I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

*Appeal dismissed, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nova Scotia.*

*Solicitor for the respondent: The Public Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.*

retard n'a sûrement pas l'intention requise, et il est donc peu probable qu'il fasse l'objet de poursuites. Bien que ce parent ait pu savoir que, indépendamment du caractère minimal de la privation, il a néanmoins privé le parent gardien de la possession de l'enfant, il ne s'ensuit pas qu'il entendait que cette conséquence se produise. Il ne faut pas s'attendre que l'art. 283 donne lieu à la poursuite d'infractions insignifiantes, car l'infraction décrite à l'art. 283 n'a rien d'insignifiant.

Je suis d'avis de trancher sur le pourvoi de la manière proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

*Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nouvelle-Écosse.*

*Procureur de l'intimée: Le Service des poursuites publiques (Direction des appels), Halifax.*