

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

v.

G. C. Respondent

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

File No.: 20257.

1987: June 11; 1987: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

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

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

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

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

c.

G. C. Intimé

RÉPERTORIÉ: C.(G.) c. V.-F.(T.)

Nº du greffe: 20257.

1987: 11 juin; 1987: 17 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

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

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

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

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

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Res Judicata*

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

(2) *Deprivation of Parental Authority*

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

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

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *La chose jugée*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

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

Jurisprudence

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

Lois et règlements cités

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

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 39 [repl. 1980, c. 39, s. 61], 47.

Civil Code of Lower Canada, arts. 30 [ad. 1980, c. 39, s. 3], 56.3 [ad. *idem*, s. 7], 83 [ad. *idem*, s. 12], 119, 245 [rep. *idem*, s. 14].

Civil Code of Quebec, arts. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.

Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25 [am. 1982, c. 17, s. 29], arts. 813.3 [am. 1983, c. 50, s. 7], 813.8 [am. 1984, c. 26, s. 20], 816, 816.1, 822.2., 822.3, 826 to 826.3.

Health Protection Act, R.S.Q. 1977, c. P-35, ss. 42, 43.

Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1 [formerly S.Q. 1977, c. 20], ss. 3 [repl. 1984, c. 4, s. 5], 4 [repl. *idem*].

Code civil du Bas-Canada, art. 30 [aj. 1980, chap. 39, art. 3], 56.3 [aj. *idem*, art. 7], 83 [aj. *idem*, art. 12], 119, 245 [abr. *idem*, art. 14].

Code civil du Québec, art. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.

Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25 [mod. 1982, chap. 17, art. 29], art. 813.3 [mod. 1983, chap. 50, art. 7], 813.8 [mod. 1984, chap. 26, art. 20], 816, 816.1, 822.2, 822.3, 826 à 826.3.

b Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., chap. P-34.1 [auparavant L.Q. 1977, chap. 20], art. 3 [rempl. 1984, chap. 4, art. 5], 4 [rempl. *idem*].

c Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q. 1977, chap. P-35, art. 42, 43.

Authors Cited

Deleury, Édith et Michèle Rivest. "Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère" (1980), 40 *R. du B.* 483.

Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.

Joyal-Poupart, Renée. "La loi 89 et l'autorité parentale" (1982), 13 *R.G.D.* 97.

Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.

Knoppers, Bartha Maria. "From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec". In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.

L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835.

Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.

Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6^e éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.

Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*. Montréal: P.U.M., 1983.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Senécal, J.-P. "La filiation et la déchéance de l'autorité parentale" (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83.

Doctrine citée

d Deleury, Édith et Michèle Rivest. "Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère" (1980), 40 R. du B. 483.

*e Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.*

Joyal-Poupart, Renée. "La loi 89 et l'autorité parentale" (1982), 13 R.G.D. 97.

*f Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.*

*g Knoppers, Bartha Maria. "From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec". In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.*

L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 R. du B. 835.

*Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.*

*H Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6^e éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.*

*Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*. Montréal: P.U.M., 1983.*

*i Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.*

*j Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.*

Senécal, J.-P. "La filiation et la déchéance de l'autorité parentale" (1982-83), 78 F.P. du B. 83.

Simler, Philippe. "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

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

Pierre-François Mailhot, for the appellants.

Luce Dionne, for the children.

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

English version of the judgment of the Court delivered by

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

I. Facts and Proceedings

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

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

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

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

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

Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

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

Pierre-François Mailhot, pour les appellants.

Luce Dionne, pour les enfants.

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

Le jugement de la Cour a été rendu par

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

I. Les faits et les procédures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The whole without costs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le tout sans frais.

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

II. Judgments of Superior Court and Court of Appeal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONS:

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Points at Issue

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

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

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

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

III. Les questions en litige

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

for the respondent did not rely on this concession and, both in his submission and in his argument, sought to show that the child's interest alone cannot deprive the person having parental authority of the exercise of his or her right of custody. The Court is therefore entirely free to decide the point.

I would frame the three questions raised by the appeal as follows:

1. Does the first judgment of the Superior Court have the authority of *res judicata*?
2. Is there present, in the case at bar, "serious cause" within the meaning of that term at art. 654 C.C.Q. which may result in the total or partial deprivation of the person having parental authority?
3. Does the criterion of the child's interest stated in art. 30 C.C.L.C. allow custody to be awarded to a third person in the absence of "serious cause" attributable to the person having parental authority?

IV. Res Judicata

Counsel for the respondent relied essentially on the majority reasons of the Court of Appeal in arguing that the judgment of Brassard J. has the authority of *res judicata* and that there were no new facts to justify the filing by the appellants of a second motion for custody some two and a half months later. With respect, I cannot conclude as respondent has suggested that the only new fact arising since the first judgment was the filing of the psychologist's report.

The main reason why Brassard J. authorized issuance of the writ of *habeas corpus* was that the children were psychologically deprived of their freedom. This obstacle was removed when they were returned to their father's home, but the state of relations between the respondent and his children deteriorated nevertheless. Further, when the writ of *habeas corpus* was issued, Brassard J. did not know what the impact of returning the children would be on the ties between them and their father. At that time, H... and X... had not lived with their father for nearly three years. The chil-

saurait lier la Cour. Le procureur de l'intimé ne s'est d'ailleurs pas reposé sur cette concession et il s'est employé, tant dans son mémoire que dans sa plaidoirie, à démontrer que l'intérêt de l'enfant ne peut justifier à lui seul la perte par le titulaire de l'autorité parentale, de l'exercice de son droit de garde. La Cour est donc pleinement en mesure de trancher cette question.

Je formulerais ainsi les trois questions que soulève le pourvoi:

1. Le premier jugement rendu par la Cour supérieure emporte-t-il chose jugée?
2. Y a-t-il en l'espèce un «motif grave» au sens de l'art. 654 C.c.Q. susceptible d'entraîner la déchéance totale ou partielle du titulaire de l'autorité parentale?
3. Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. permet-il d'attribuer la garde à un tiers en l'absence d'un «motif grave» imputable au titulaire de l'autorité parentale?

IV. La chose jugée

Le procureur de l'intimé s'appuie essentiellement sur les motifs majoritaires de la Cour d'appel pour soutenir que le jugement rendu par le juge Brassard a l'autorité de la chose jugée et qu'aucun fait nouveau ne justifie la présentation par les appellants d'une deuxième requête pour garde quelque deux mois et demi plus tard. Avec égards, je ne peux conclure, comme le propose l'intimé, que le seul fait nouveau survenu depuis le premier jugement se limite à la production du rapport du psychologue.

La raison principale qui amène le juge Brassard à autoriser la délivrance du bref d'*habeas corpus* est que les enfants sont privés psychologiquement de leur liberté. Cet obstacle s'est trouvé levé lors de leur retour chez leur père, mais l'état des relations entre l'intimé et ses enfants s'est malgré tout détérioré. Au surplus, lors de la délivrance de l'*habeas corpus*, le juge Brassard ignore quel sera l'impact de la remise des enfants sur les liens que ceux-ci entretiennent avec leur père. À ce moment, H... et X... n'ont pas vécu avec celui-ci depuis près de trois ans. Lors de la reprise de la cohabitation

dren ran away five times within a period of seven months of their return to their father's home, until Tannenbaum J. allowed the children to live with their uncle and aunt pending a ruling on the motion. Meyer J. correctly decided that the inability of the children to adapt to family life with their father was a sufficient new fact.

It is of the essence of decisions concerning children that these decisions may be reviewed at any time, whenever circumstances so justify, and the course of events as indicated by the evidence in the case at bar satisfies me that the matter is not *res judicata*.

V. Deprivation of Parental Authority

Ordinarily, parental authority rests with the parents. The *Civil Code of Quebec* specifies the scope of the rights and duties arising out of their function at art. 647 *C.C.Q.*:

647. The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

They must maintain their children.

The father and mother are both required to perform the duties incumbent on them as a consequence of parental authority:

648. The father and mother exercise parental authority together.

If either parent dies, is deprived of parental authority or is unable to express his will, the other parent exercises parental authority.

Article 443 of the *Civil Code of Quebec* and s. 47 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, specify how this duty is to be performed when the parents are married:

443. The spouses together take in hand the moral and material direction of the family, exercise parental authority and assume the tasks resulting therefrom.

47. Husband and wife have, in the marriage, the same rights, obligations and responsibilities.

Together they provide the moral guidance and material support of the family and the education of their common off-spring.

familiale, les enfants s'enfuient à cinq reprises sur une période de sept mois, jusqu'à ce que le juge Tannenbaum permette aux enfants de résider chez leur oncle et tante en attendant le sort de la requête. Le juge Meyer considère à juste titre que l'incapacité des enfants de s'adapter à la cohabitation familiale avec leur père est une circonstance nouvelle suffisante.

b Il est de l'essence des décisions qui concernent les enfants d'être révisables à tout moment lorsque les circonstances le justifient et l'évolution de la situation révélée par la preuve me convainc qu'il n'y a pas chose jugée.

V. La déchéance de l'autorité parentale

Normalement, ce sont les parents qui sont investis de l'autorité parentale. Le *Code civil du Québec* précise à l'art. 647 *C.c.Q.* la portée des droits et des obligations qui découlent de leur rôle:

647. Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

Les père et mère sont tous deux tenus à l'exercice des responsabilités qui leur incombent en raison de l'autorité parentale:

648. Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale.

Si l'un d'eux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre.

L'article 443 du *Code civil du Québec* et l'art. 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, précisent l'aménagement de ce devoir lorsque les parents sont mariés:

443. Ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent.

47. Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

j Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

However, the person having parental authority can delegate its exercise as provided in art. 649 *C.C.Q.*, as well as certain provisions of the *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, regarding the application of voluntary measures. The person having parental authority can also have the exercise of the rights associated with his parental authority limited by a decision of the courts. A judgment may have the effect of depriving the holder of the exercise of part of his or her rights although such deprivation is not ordered as a result of any wrongful act by the holder: this is so when a judgment of separation as to bed and board or a divorce decree awards custody to one of the parents or, as I will indicate in the next heading, when the child's interest requires that custody be awarded to a third person.

The *Civil Code of Quebec* also provides for the possibility of totally or partially depriving the person having parental authority of that authority. Whether total or partial, such deprivation means not only that the person is precluded from exercising the attributes of parental authority, but also entails the loss of the authority itself which then ceases to be vested in the holder. It can only be ordered for serious cause and in the interest of the child:

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

The appellants submitted that in the case at bar the evidence disclosed the existence of "serious cause" for which the respondent should be partially deprived of his parental authority by divesting him of his right of custody. In particular, they argued that it is sufficient to show the inability of the person having parental authority to perform his or her duties properly, without it being necessary to establish his or her unworthiness as well. They argued that such evidence is provided here by the respondent's inability to develop the usual ties of affection with his children. The appellants further said that partial deprivation does not have to be expressly declared by a court as it can be inferred from the order awarding custody to a

Le titulaire de l'autorité parentale peut toutefois en déléguer l'exercice comme le prévoit l'art. 649 *C.c.Q.* ou encore certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., chap. a P-34.1, relatives à l'application de mesures volontaires. Le titulaire de l'autorité parentale peut aussi voir l'exercice de ses attributs réduit en vertu d'une décision judiciaire. Un jugement peut avoir comme conséquence de priver le titulaire de l'exercice d'une partie de ses droits sans que cette privation soit décrétée en raison du comportement fautif du titulaire: il en est ainsi lorsqu'un jugement en séparation de corps ou en divorce attribue la garde à l'un des parents ou, comme je l'indique au chapitre suivant, lorsque l'intérêt de l'enfant commande que la garde soit accordée à un tiers.

d Le *Code civil du Québec* prévoit également la possibilité de déchoir totalement ou partiellement le titulaire de l'autorité parentale. Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'autorité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi. Elle ne peut être prononcée que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant:

f **654.** Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale à l'égard des père et mère, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée.

g

h Les appelants soumettent que la preuve révèle en l'espèce l'existence d'un «motif grave» qui permet de déchoir partiellement l'intimé de son autorité parentale en lui retirant son droit de garde; ils soutiennent plus particulièrement qu'il suffit d'apporter la preuve de l'incapacité du titulaire de l'autorité parentale de s'acquitter convenablement de ses obligations sans qu'il faille par surcroît démontrer son indignité. Cette preuve découlerait ici de l'incapacité de l'intimé de développer des liens affectifs véritables avec ses enfants. Les appelants ajoutent que la déchéance partielle n'a pas à être prononcée expressément car elle s'infère de l'ordonnance attribuant la garde à un tiers. Ils s'autorisent sur ce point de l'opinion

third person. They cited as authority for this the opinion of the Court of Appeal in the case at bar as well as in *Droit de la famille*—52, [1983] C.A. 388, and *Droit de la famille*—236, [1985] C.A. 566.

Counsel for the appellants seems to have been prompted to make this application for the partial deprivation of the respondent by the belief that the appellants could not legally obtain the custody without, at the same time and as a necessary consequence of the demand for custody, asking for partial deprivation of the father. This belief is based on the judgment of the Court of Appeal in the case at bar, the merits of which on this point were conceded by counsel for the appellants, as I said earlier, and on the two Court of Appeal judgments cited earlier, *Droit de la famille*—52 and *Droit de la famille*—236. Perhaps the intention was by this means to soften the blow and make deprivation easier to obtain by suggesting that it was not to be expressly declared by a court. As I will have occasion to indicate below, these two propositions are, with the greatest respect, wrong in law.

Deprivation is a radical, though necessary, measure for controlling parental authority. It strips the holder of rights but never relieves him or her of obligations. When it is total, deprivation is likely to lead to breaking the tie of filiation through adoption (see arts. 611 and 658 *C.C.Q.* and B. M. Knoppers, "From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec" in K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers eds., *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), at p. 212). It may also, depending on the circumstances, lead to a change in the name of a child whose parent has been so deprived (art. 56.3 *C.C.L.C.*) Deprivation of parental authority amounts to a value judgment in respect of its holder's conduct. Whether partial or total, the deprivation judgment represents a finding by the court that the holder is incapable of retaining part or all of the parental authority. A person cannot be even partially deprived unless it is concluded that he or she has been guilty, by action or inaction, of a serious and unjustified failure to perform the parental duty. (*Droit de la*

exprimée par la Cour d'appel tant dans la présente cause que dans Droit de la famille—52, [1983] C.A. 388, et dans *Droit de la famille*—236, [1985] C.A. 566.

a

Cette demande de déchéance partielle de l'intimé paraît avoir été dictée au procureur des appellants par la croyance que les appellants ne pourraient légalement obtenir l'exercice du droit de garde sans demander en même temps et par le fait même la déchéance partielle du père. Cette croyance est fondée sur l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, dont le procureur des appellants a concédé le bien-fondé sur ce point, comme je l'ai dit plus haut, de même que sur les deux arrêts précités de la Cour d'appel, *Droit de la famille*—52 et *Droit de la famille*—236. Peut-être pense-t-on aussi atténuer le coup et faciliter l'obtention de la déchéance en suggérant qu'elle ne soit pas explicitement prononcée. Comme j'aurai l'occasion de le démontrer ci-après, il s'agit là de deux propositions erronées en droit, soit dit avec les plus grands égards.

La déchéance est une mesure radicale, quoique nécessaire, de contrôle de l'autorité parentale. Elle dépouille son titulaire de droits mais ne le libère jamais de ses obligations. Lorsqu'elle est totale, la déchéance est susceptible de mener à la rupture du lien de filiation par le mécanisme de l'adoption (voir les art. 611 et 658 *C.C.Q.* et B. M. Knoppers, «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec» dans K. Connell-Thouez et B. M. Knoppers (éd.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), à la p. 212). Elle peut aussi, selon les circonstances, conduire au changement de nom de l'enfant dont le parent a été déchu (art. 56.3 *C.c.B.-C.*) La déchéance de l'autorité parentale constitue un jugement de valeur sur la conduite de son titulaire. Qu'il soit partiel ou total, le jugement de déchéance représente une déclaration judiciaire d'inaptitude du titulaire à détenir une partie ou la totalité de l'autorité parentale. On ne peut donc déchoir une personne, même partiellement, sans conclure qu'elle a commis, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à

i

j

famille—32, [1983] C.S. 79, at p. 80; *Droit de la famille*—130, [1984] C.A. 184; J. Pineau, *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"* (1983), at pp. 287-88; E. Deleury and M. Rivest, "Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère" (1980), 40 *R. du B.* 483, at pp. 484 and 487; J.-P. Senécal, "La filiation et la déchéance de l'autorité parentale" (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83, at p. 113; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes* (1986), at p. 85.)

This rule has been clearly stated in the report on the *Civil Code of Quebec* which led to the adoption in 1977 of the articles regarding total or partial deprivation of parental authority:

In such a case [that is, the partial removal of a right], some of the rights which stem from parental authority and have been misused are taken away from the parent.

... such measures [deprivation of parental authority or the removal of certain rights] are the consequence of serious failure by a parent to execute his obligations. On the other hand, while a child may need protection, his parents may not necessarily be responsible for this situation.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Commentaries* (1978), vol. II, t. 1, at pp. 215-16.)

The additional latitude which the legislature has given the courts by not adopting the limited grounds for declaring deprivation suggested by the Revision Office does not in my opinion affect the general principle stated above. Partial or total deprivation of parental authority remains conditional: it depends on proof of reprehensible conduct by the holder.

Counsel for the appellants submitted, however, that mere inability to properly discharge the duties imposed by parental authority amounts to "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.* The Court of Appeal expressed the view that inability to perform one's duties may be a sufficient cause

son devoir de parent. (*Droit de la famille*—32, [1983] C.S. 79, à la p. 80; *Droit de la famille*—130, [1984] C.A. 184; J. Pineau, *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), aux pp. 287 et 288; E. Deleury et M. Rivest, «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483, aux pp. 484 et 487; J.-P. Senécal, «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83, à la p. 113; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes* (1986), à la p. 85.)

Ce principe a clairement été exposé dans le rapport sur le *Code civil du Québec* qui a mené à l'adoption, en 1977, des articles relatifs à la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale:

Dans ce cas [i.e. le retrait partiel d'un droit], le parent se voit enlever certains des droits qui découlent de l'autorité parentale et dont il a fait mauvais usage.

... ces dernières [la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait de certains droits] sont la conséquence d'un manquement grave du parent à ses obligations. Or, un enfant peut avoir besoin de protection, sans que ses parents soient nécessairement responsables de la situation dans laquelle il se trouve.

(Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires* (1978), vol. II, t. 1, aux pp. 217 et 218.)

La latitude supplémentaire que le législateur a conférée aux tribunaux en ne retenant pas les motifs limitatifs de déchéance suggérés par l'Office de révision n'affecte pas, à mon avis, le principe général énoncé ci-haut. La déchéance partielle ou totale de l'autorité parentale demeure conditionnelle: elle dépend de la preuve d'un comportement répréhensible du titulaire.

Le procureur des appellants soumet cependant que la seule incapacité d'assumer convenablement les devoirs qu'impose l'autorité parentale constitue un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* La Cour d'appel exprime l'opinion que l'incapacité de s'acquitter de ses devoirs peut être un motif suffi-

for deprivation but it concluded that the evidence did not show that the respondent was so unable to exercise parental authority that custody of his children should be taken away from him. Now as in the past, the courts have held that mental or physical inability can be a sufficient cause for the withdrawal of the exercise of custody rights. Since the adoption of the articles relating to deprivation in 1977, however, an outstanding question has been whether a physical or mental handicap can result in the holder losing his parental rights even in the absence of wrongful behaviour on his or her part. In certain *obiter dicta* the Court of Appeal seems to have assumed that it could, but no court has to my knowledge yet issued a judgment of deprivation in Quebec solely for this reason. In France, the Court of Cassation recently held that it is in keeping with the protective purpose of the institution of deprivation to deprive a parent whose actions are caused by a mental disorder for which he is not responsible (*Vidal* case, 1^{re} Civ., April 14, 1982, *Bull.* 1982, I, No. 125, p. 110). Though it is not necessary to decide this point, I am strongly inclined to think that in such a case a court should have recourse to the discretionary power conferred on it by art. 654 *C.C.Q.* and not impose deprivation if there is some alternative measure which provides the child with equivalent protection. When it is possible, such a solution fully protects the child's interest while it does not attach the stigma of deprivation to a parent who is not blameworthy (see J. Pineau, *op. cit.*, at p. 288).

The inability alleged by the appellants is not, however, of this type: it does not result from any physical or mental handicap. The "affectional" inability referred to by counsel for the appellants does not in my view constitute "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.*, given that it is not deliberate and has not taken the form of abandonment. Marty and Raynaud correctly point out the limits inherent in deprivation of parental authority:

[TRANSLATION] ... deprivation has a very derogatory connotation and is not possible when the parents are more inept than culpable or the child is simply too difficult for them to handle. Moreover, the consequences of such a measure are often too radical and too harsh: it

sant de déchéance mais elle conclut toutefois que la preuve ne révèle pas que l'intimé est incapable d'assurer l'exercice de l'autorité parentale au point qu'il faille lui enlever la garde de ses enfants. *a* Autrefois comme maintenant, les tribunaux ont jugé que l'incapacité mentale ou physique peut être une cause suffisante de retrait de l'exercice du droit de garde. Depuis l'adoption en 1977 des articles relatifs à la déchéance se pose toutefois la question de savoir si un handicap physique ou mental peut mener à la perte par le titulaire de ses droits parentaux, en l'absence même de tout geste fautif. La Cour d'appel paraît l'avoir présumé dans quelques *obiter dicta* mais, à ma connaissance, aucun tribunal n'a encore prononcé un jugement de déchéance pour ce seul motif au Québec. En France, la Cour de cassation a décidé récemment que la finalité protectrice de l'institution de la déchéance permet de déchoir un parent dont le comportement est causé par un état de démence pour lequel il n'est pas responsable (arrêt *Vidal*, 1^{re} Civ., 14 avril 1982, *Bull.* 1982, I, n° 125, p. 110). Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de trancher *b* cette question, j'incline fortement à croire qu'un tribunal devrait dans un tel cas recourir au pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 654 *C.c.Q.* et ne pas prononcer la déchéance s'il existe une mesure alternative qui accorde à l'enfant une protection équivalente. Une telle solution, lorsqu'elle est possible, respecte pleinement l'intérêt de l'enfant tout en évitant de marquer du stigmate de la déchéance un parent à qui on ne peut adresser *c* aucun blâme (voir J. Pineau, *op. cit.*, à la p. 288).

d L'incapacité dont se plaignent les appellants n'est toutefois pas du même ordre: elle ne découle pas d'un handicap physique ou mental. L'incapacité «affective» à laquelle le procureur des appétants se réfère ne constitue pas à mon avis un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* d'autant qu'elle est involontaire et qu'elle ne se traduit pas par un abandon. Marty et Raynaud soulignent à bon escient les limites inhérentes à la déchéance de l'autorité parentale:

e ... la déchéance a un caractère infamant et elle n'est pas possible lorsque les parents sont plus maladroits que coupables ou sont simplement dépassés par un enfant difficile. Par ailleurs c'est une mesure souvent trop radicale et trop brutale (*sic*) dans ses effets; elle impose *f*

imposes a separation of the child from its family which sometimes may be unnecessary or indeed undesirable.

It was thus necessary to introduce a more flexible means of providing educational assistance which could even be obtained at the instance of the parents themselves and even though their conduct did not justify the stigma of deprivation . . . [Emphasis added.]

(*Droit civil: les personnes* (3^e éd. 1976), at p. 304.)

Partial deprivation takes away the right of custody itself from the holder whereas the award of custody to a third person pursuant to art. 30 *C.C.L.C.* can only modify the exercise of the right. Thus, a parent who has not been deprived continues to care for his or her child at his or her home during certain weekends and during long holidays. Mazeaud and Mazeaud observe that deprivation of the right of custody is in certain cases an excessive measure:

[TRANSLATION] . . . partial deprivation is also a very serious measure: withdrawal of the right of custody has a very painful effect on parents who are often more ignorant and unfortunate than in the wrong, and it is very often not in the child's interest to remove it from the family circle.

(*Leçons de droit civil* (6^e éd. 1976), t. 1, vol. 3, at p. 606.)

What is the evidence in the case at bar? It was not alleged that the respondent abandoned his children or that he showed no interest in their fate. Instead, it was alleged that he was unable to give his children the affection they need. The psychologist appointed by counsel for the children found an absence of any "very strong" affectional tie and observed that the father "has for the time being lost all chance of being a parent who is cherished and loved by his children". The father apparently alienated the affection of his children by his excessive authoritarianism.

The evidence showed that there was already a climate of discord in 1981 when, with the respondent's consent, the children went to live with their mother. The appellants nevertheless did not argue that the disagreement at that time was such that even then it justified the partial deprivation of parental authority. The events which followed

une séparation de l'enfant et de sa famille qui peut parfois être inutile, sinon fâcheuse.

Il était donc nécessaire de prévoir une mesure plus souple d'assistance éducative applicable même à l'initiative des parents eux-mêmes et bien que leur comportement ne justifiait pas la flétrissure d'une déchéance . . . [Je souligne.]

(*Droit civil: les personnes* (3^e éd. 1976), à la p. 304.)

Tandis que la déchéance partielle enlève au titulaire le droit de garde lui-même, l'attribution de la garde à un tiers en application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ne permet que d'en aménager l'exercice. C'est ainsi que le parent non déchu continue de pouvoir héberger son enfant durant certaines fins de semaine et durant les longs congés. Mazeaud et Mazeaud font remarquer que le retrait pur et simple du droit de garde s'avère dans certains cas une mesure excessive:

... la déchéance partielle est encore une mesure très grave; le retrait du droit de garde atteint douloureusement des parents plus souvent ignorants et malheureux que coupables, et l'intérêt de l'enfant n'est pas, bien souvent, de le soustraire au milieu familial.

(*Leçons de droit civil* (6^e éd. 1976), t. 1, vol. 3, à la p. 606.)

Que révèle la preuve en l'espèce? On ne reproche pas à l'intimé d'avoir abandonné ses enfants ni de s'être désintéressé de leur sort. On lui reproche plutôt d'être incapable de transmettre à ses enfants l'affection dont ils ont besoin. Le psychologue nommé par le procureur des enfants constate l'absence d'un lien affectif «très intense» et observe que le père «a perdu pour le moment toute chance d'être un parent recherché et aimé de ses enfants». Le père se serait aliéné l'affection de ses enfants par son autoritarisme excessif.

ⁱ La preuve démontre qu'un climat de discorde règne déjà en 1981 lorsque les enfants vont vivre chez leur mère du consentement de l'intimé. Les appellants ne prétendent pourtant pas que la mésentente était telle à l'époque qu'elle aurait déjà justifié la déchéance partielle de l'autorité parentale. Les événements qui ont suivi ont été pénibles

were painful for everyone and aggravated this discord, even though the respondent could not be said to be seriously remiss in his duties owed to the children. The conclusions of the psychologist's report emphasized that the separation, the illness and death of the mother, as well as the proceedings which forced the young people to cease living with their uncle and aunt, drove H... and X... still further away from their father. The evidence disclosed that during this period, the respondent made sincere efforts to seek closer ties with his children, but that so far these efforts have failed. The trial judge observed that the respondent [TRANSLATION] "is probably doing his best" and L'Heureux-Dubé J.A. emphasized that the father [TRANSLATION] "loves his children and is anxious for their welfare". Following the trial judgment, the respondent was appointed tutor to his children in June 1985 by unanimous decision of a family council which included the appellants. The appellant D... F... was appointed subrogate-tutor, and the appellant T... V...-F... was appointed tutrix *ad hoc* responsible for the settlement of the estate of the children's mother. Though the evidence shows clearly that it is not in the children's interest for them to continue living with their father and it is in their interest to live with the appellants, I do not think that the facts of the case at bar show serious cause requiring the partial deprivation of the respondent.

The application for partial deprivation of the respondent is, in my view, without basis for another reason. Article 654 C.C.Q. provides that evidence of serious cause will not suffice to deprive a person having parental authority: it must also be shown that such a measure is in the child's interest (*Droit de la famille*—77, [1983] C.S. 692, at p. 697; *Droit de la famille*—195, [1985] C.S. 349, at p. 352; *S.A. v. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587 (Que. C.A.)) I do not think that evidence of the latter requirement has been presented. Though they may appear slim in the short term, the chances of a reconciliation between the father and his two children make the pronouncement of a partial deprivation judgment against the respondent inadvisable at this time. It is of paramount importance, considering both the interest of the children and of the father, not to compromise the chances of a long-

pour tous et ils ont exacerbé cette discorde sans qu'on puisse imputer à l'intimé un manquement grave à ses obligations envers les enfants. Les conclusions du rapport du psychologue soulignent que la séparation, la maladie et le décès de la mère ainsi que les procédures qui ont forcé les adolescents à ne plus résider chez leur oncle et tante ont éloigné encore plus H... et X... de leur père. La preuve révèle que durant cette période, l'intimé a fait des efforts sincères pour tenter un rapprochement avec ses enfants, mais ces démarches ont jusqu'à présent échoué. Le juge de première instance observe que l'intimé «fait probablement de son mieux» et le juge L'Heureux-Dubé souligne que le père «aime ses enfants et recherche leur bien». Suite au jugement de première instance, l'intimé a été nommé unanimement tuteur de ses enfants en juin 1985 par un conseil de famille où siégeaient les appellants; l'appelant D... F... a été nommé subrogé-tuteur et l'appelante T... V...-F... a été nommée tutrice *ad hoc* et chargée de régler la succession de la mère des enfants. Même si la preuve révèle nettement qu'il est contraire à l'intérêt des enfants de continuer à demeurer avec leur père et qu'il est dans leur intérêt de demeurer chez les appellants, je ne crois pas que les faits de cette cause démontrent un motif grave qui doive entraîner la déchéance partielle de l'intimé.

La demande de déchéance partielle de l'intimé me semble mal fondée à un autre point de vue. L'article 654 C.c.Q. précise qu'il ne suffit pas d'apporter la preuve d'un motif grave pour déchoir le titulaire de l'autorité parentale: il faut de plus qu'il soit prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de recourir à cette mesure (*Droit de la famille*—77, [1983] C.S. 692, à la p. 697; *Droit de la famille*—195, [1985] C.S. 349, à la p. 352; *S.A. c. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587 (C.A. Qué.)) J'estime que cette preuve n'a pas été apportée. Même si elles apparaissent minces à court terme, les chances de réconciliation entre le père et ses deux enfants rendent inopportun de prononcer un jugement de déchéance partielle à l'encontre de l'intimé. Il importe surtout, dans l'intérêt des enfants et du père, de ne pas compromettre les chances de réconciliation à plus long terme. La Cour supé-

term reconciliation. The Superior Court concluded categorically that it is in the children's interest for the ties with their father to be re-established; a declaration of partial deprivation might impede the reconciliation which the trial judge thought desirable:

[TRANSLATION] The father does not want to lose his children, and I agree entirely with him, in the interest of the children as well as in his own interest.

I can only express the wish that the normal parental ties which should exist between a father and his children may be restored. The father must understand that the children have suffered a great loss and are still in mourning for their mother. A new relationship based on sound principles will only be possible with considerable effort by everyone concerned . . . The father is probably doing his best, and with the passage of time I hope that the closer relations which everyone wants to see will come to pass. [Emphasis added.]

Furthermore, I find it hard to see how a court can declare that someone is deprived of his custody right and at the same time award that person the right to care for his child at his home during specified periods as was done here.

I would add one final comment. The seriousness of deprivation and its formal nature rule out the possibility of its being implicitly or, as it were, hastily imposed. The argument that partial deprivation can be inferred from the very decision to award custody to a third person seems to me to be clearly wrong. The partial deprivation of parental authority cannot be inferred: it must be "declared" or, in other words, imposed expressly, as provided in art. 654 *C.C.Q.* Article 813.3 *C.C.P.* recognizes the formal nature of the application for deprivation, providing that it shall be by declaration and not by motion as is the case with child custody (cf. arts. 813.8 and 826 to 826.3 *C.C.P.*) The dismissal of a writ of *habeas corpus* or the award of custody of a child to a third person does not entail the deprivation, even the partial deprivation, of the person having parental authority: a court may have concluded that the child in question was not deprived of its freedom or that it is in its interest for custody to be given to someone else, without the person having parental authority necessarily being stripped of his or her right of custody. In

rieure a catégoriquement conclu qu'il est dans l'intérêt des enfants que les liens avec leur père se rétablissent; une déclaration de déchéance partielle risquerait de nuire à la réconciliation jugée souhaitable par le juge de première instance:

Le père ne veut pas perdre ses enfants, et je suis pleinement d'accord avec lui, dans l'intérêt des enfants aussi bien que dans son intérêt.

Je ne peux qu'exprimer le vœu qu'il puisse rétablir les liens parentaux normaux qui devraient exister entre un père et ses enfants. Il faut que le père comprenne que les enfants ont subi une perte énorme, et qu'ils sont toujours en deuil de leur mère. De nouvelles relations basées sur des principes sains ne seront possibles qu'avec des efforts considérables de la part de tout le monde [...] Le père fait probablement de son mieux, et avec le passage du temps j'espère que le rapprochement désiré par tous aura lieu. [Je souligne.]

Il me semble d'ailleurs difficilement concevable qu'une personne puisse être déclarée déchue de son droit de garde et se voir attribuer simultanément un droit d'hébergement de son enfant comme ce fut le cas en l'espèce.

*J'ajouterais un dernier commentaire. La gravité de la déchéance et son caractère formel interdisent qu'elle puisse être déclenchée de façon implicite et pour ainsi dire à la sauvette. L'argument selon lequel la déchéance partielle peut s'inférer de la décision même d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers me paraît nettement erroné. La déchéance partielle de l'autorité parentale ne peut se déduire: elle doit être «prononcée», c'est-à-dire décrétée expressément comme le stipule l'art. 654 *C.c.Q.* L'article 813.3 *C.p.c.* consacre le caractère formel de la demande en déchéance en exigeant qu'elle soit faite par déclaration, et non par requête comme c'est la règle en matière de garde d'enfant (comparer les art. 813.8 et 826 à 826.3 *C.p.c.*) Le rejet d'un bref d'*habeas corpus* ou l'attribution à un tiers de la garde d'un enfant n'emportent pas la déchéance, même partielle, du titulaire de l'autorité parentale: un tribunal peut avoir conclu que l'enfant en question n'a pas été privé de sa liberté ou qu'il est dans son intérêt que sa garde soit confiée à autrui, sans que le titulaire de l'autorité parentale doive être dépouillé pour autant de son*

such a situation, the holder is deprived of the exercise of custody but not of the right itself. This distinction has important consequences. If the person having custody dies, the person having parental authority is once again entitled to exercise his or her right of custody if he or she has not been partially or totally deprived of that authority, subject of course to the child's interest. It goes without saying, however, that the interest of the child may lead a court to make a new decision at the behest of a third person or to the intervention of the services of the Protection de la jeunesse, if the resumption of custody by the person having parental authority should prove harmful to the child. On the other hand, a parent who has been partially or totally deprived of parental authority cannot assume custody of the child unless he or she submits to the Superior Court a declaration for restoration of the right he or she was deprived of by an earlier judgment: arts. 658 *C.C.Q.*, 813.3 and 826.1 *C.C.P.*

As to the second question, therefore, I would answer that the Court of Appeal was right in deciding that there was no "serious cause" in the case at bar for which the respondent should be partially or totally deprived of his parental authority. However, the Court of Appeal erred in holding that such deprivation does not have to be expressly declared and that it necessarily follows where custody is awarded to a third person.

VI. Child's Interest as Criterion for Award of Custody to Third Person

The respondent took up in this Court the argument developed by a majority of the Court of Appeal that the criterion of the child's interest cannot be the sole basis for the award of custody of a child to a third person. He argued that the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* only amounted to a codification of existing law and that, accordingly, a third person cannot obtain custody of a child without applying to have the person having parental authority totally or partially deprived of that authority. It would be thus essential to adduce evidence of a serious cause attributable to the person having parental authority, in addition to the interest of the child. He cited a number of decisions in support, including *Droit de la*

droit de garde. Dans une telle situation, le titulaire est privé de l'exercice de la garde mais il n'est pas déchu du droit lui-même. Cette distinction entraîne des conséquences importantes. Advenant le décès du gardien, le titulaire de l'autorité parentale recouvre de plein droit, mais sous réserve évidemment de l'intérêt de l'enfant, l'exercice de son droit de garde s'il n'a pas été déchu partiellement ou totalement. Il va néanmoins sans dire que l'intérêt de l'enfant peut conduire à une nouvelle décision judiciaire suite à l'initiative d'un tiers, ou à l'intervention des services de la Protection de la jeunesse si la reprise de la garde par le titulaire de l'autorité parentale devait s'avérer néfaste à l'enfant. Par contre, un parent qui a été déchu partiellement ou totalement ne peut assumer la garde de son enfant à moins de présenter à la Cour supérieure une déclaration en rétablissement des droits dont il a été privé par jugement antérieur: art. 658 *C.c.Q.*, 813.3 et 826.1 *C.p.c.*

À la deuxième question en litige, je répondrais donc que la Cour d'appel a eu raison de décider qu'il n'y a pas en l'espèce un «motif grave» permettant de déchoir partiellement ou totalement l'intimé de l'autorité parentale. La Cour d'appel a cependant erré en tenant que cette déchéance n'a pas à être prononcée expressément et qu'elle découle nécessairement du fait que la garde est confiée à un tiers.

VI. L'intérêt de l'enfant en tant que critère d'attribution de la garde à un tiers

L'intimé reprend devant nous l'argument développé par la majorité de la Cour d'appel selon lequel le critère de l'intérêt de l'enfant ne peut à lui seul permettre à un tribunal de confier la garde d'un enfant à un tiers. Il soutient que l'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ne constitue que la codification du droit antérieur et qu'un tiers ne peut en conséquence obtenir la garde d'un enfant sans demander la déchéance totale ou partielle du titulaire de l'autorité parentale. Il serait donc essentiel de faire la preuve d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale en plus de l'intérêt de l'enfant. Il cite à l'appui différentes décisions dont

famille—52, *supra*, in which the Court of Appeal wrote (at pp. 390-92):

[TRANSLATION] When the father and mother contest the custody of their child, it is often hard to see where its best interest lies. To this end the courts have created a somewhat weak presumption of fact that the interest of a small child generally is such that the child should be given to its mother. The problem is more complicated when the custody of a child pits the father or mother against a third person. In this case, the courts have created another presumption, here quite strong, that it is in the interest of the child for him or her to be given to the father or mother unless “serious objections can be established against them that may be a basis for deprivation”.

A parent may well give a third person physical custody of his or her child without parental authority being diminished, but when a court awards the custody of a child to a third person against its parents' wishes, the latter are thereby at least partially deprived of their parental authority. The right of parents to have custody of their child is an attribute of paternal authority: even the temporary abolition of this right necessarily implies a limitation on their authority. It is the situation described in article 654 C.C.Q.:

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

(See, to the same effect, *Droit de la famille*—236, *supra*.)

The consequence of this reasoning is that the person having parental authority to whom no serious reproach can be made may retain the custody of the child even if the latter's interest clearly requires that custody be awarded to someone else. This is based on the premise that the only limitation placed on parental authority is that in art. 654 C.C.Q. dealing with the deprivation of parental authority. With all due respect for the contrary view, I consider that art. 30 C.C.L.C., which makes the child's interest the determining factor in decisions concerning the child, authorizes that custody be awarded to a third person when the award is made for the child's well-being, even in the

Droit de la famille—52, précitée, dans laquelle la Cour d'appel écrit (aux pp. 390 à 392):

Quand les père et mère se disputent la garde de leur enfant, il est souvent difficile de découvrir où se situe son meilleur intérêt. La jurisprudence a créé à cette fin une présomption de fait assez fragile selon laquelle l'intérêt d'un enfant en bas âge veut généralement qu'il soit confié à sa mère. Le problème est plus complexe quand la garde de l'enfant met en conflit d'une part un père ou une mère et d'autre part un tiers. Dans ce cas, la jurisprudence a créé une autre présomption assez forte selon laquelle l'intérêt de l'enfant veut qu'il soit confié de préférence à son père ou à sa mère à moins «que l'on établisse contre eux des reproches graves pouvant entraîner déchéance».

Un parent peut bien confier à un tiers la garde physique de son enfant sans que son autorité parentale en soit amoindrie, mais quand une décision judiciaire confie la garde d'un enfant à un tiers contre le gré de ses parents, par le fait même, ces derniers sont au moins partiellement déchus de leur autorité parentale. Le droit des parents de garder leur enfant avec eux est un attribut de la puissance paternelle; la suppression même temporaire de ce droit entraîne nécessairement une limitation imposée à leur autorité. C'est la situation décrite à l'article 654 C.C.Q.:

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

g (Voir au même effet *Droit de la famille*—236, précité.)

La conséquence de ce raisonnement, c'est que le titulaire de l'autorité parentale à qui on ne peut adresser de reproches graves peut conserver la garde de l'enfant même si l'intérêt de ce dernier exige clairement qu'il soit confié à autrui. Il est basé sur la prémissse que la seule limitation apportée à l'autorité parentale provient de l'art. 654 C.C.Q. qui a trait à la déchéance de l'autorité parentale. Avec égards pour l'opinion contraire, je considère que l'art. 30 C.c.B.-C. qui fait de l'intérêt de l'enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers lorsqu'il y va de son bien-être, en

absence of any wrongful behaviour on the part of the person having parental authority.

The child's interest has become the cornerstone of decisions concerning it in Quebec civil law. The reform of family law introduced in 1980 by the adoption of the *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, has made the child's interest paramount. The rule that the child's interest must prevail was for the first time unequivocally recognized in the *Civil Code* with that reform:

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

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

The adoption of art. 30 *C.C.L.C.* was accompanied by a number of legislative amendments intended to apply this criterion to the various situations in which the child's welfare is likely to be compromised. The legislature also imposed on the courts a duty to ensure that the child's interest is protected. The judge has an obligation to appoint a tutor *ad hoc* for the child in all cases where the interest of the child is opposed to that of the person having parental authority or where the child is unable to determine his own interest (art. 816.1 *C.C.P.*) Where the court finds that the interest of the child is at stake and that it is necessary for the safeguarding of that interest that the child be represented, it may, even of its own motion, adjourn the hearing of the application until an attorney is appointed to represent the child (art. 816 *C.C.P.*) It also comes within the role of the court to see to the interests of the child at all stages of proceedings for separation as to bed and board (art. 528 *C.C.Q.*) If the latter is based on a draft agreement, the judge must strike out or amend the clauses of the provisional covenant that appear contrary to the interests of the child (art. 822.2 *C.C.P.*) Under art. 822.3 *C.C.P.*, he may even dismiss the application for separation as to bed and board if he finds that the draft agreement does not sufficiently preserve the interests of the

l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale.

L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39, a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le *Code civil*:

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

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

L'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* s'est accompagnée de plusieurs modifications législatives destinées à assurer l'application de ce critère aux diverses situations où le bien-être de l'enfant est susceptible d'être compromis. Le législateur a en outre imposé aux tribunaux le devoir de veiller à la protection des intérêts de l'enfant. Il est du devoir du juge de désigner un tuteur *ad hoc* à l'enfant dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est opposé à celui du titulaire de l'autorité parentale ainsi que dans ceux où l'enfant ne peut déterminer son propre intérêt (art. 816.1 *C.p.c.*) Lorsqu'il constate que l'intérêt de l'enfant est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que l'enfant soit représenté, le tribunal peut, même d'office, ajourner l'instruction jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de représenter l'enfant (art. 816 *C.p.c.*) Le tribunal a aussi pour mission de veiller aux intérêts de l'enfant à tout moment de l'instance en séparation de corps (art. 528 *C.c.Q.*) Si celle-ci a lieu sur projet d'accord, le juge doit supprimer ou modifier les clauses de la convention temporaire qui paraîtraient contraires à l'intérêt de l'enfant (art. 822.2 *C.p.c.*) Il peut même, selon l'art. 822.3 *C.p.c.*, rejeter la demande en séparation de corps s'il constate que le projet d'accord ne préserve pas suffisamment les intérêts de l'enfant. Ces dispositions mettent en relief de façon indiscutable

child. These provisions make clear beyond any question the decisive role of the child's interest and the need to give this interest priority in certain circumstances over interests which may be opposed to it.

The wording of art. 30 *C.C.L.C.* itself confirms that the child's interest can sometimes prevail over that of the person having parental authority if these interests come into conflict. Article 30 *C.C.L.C.* states that the child's interest must be considered in light of, *inter alia*, "the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives". Despite the considerable weight that must be given to them, family surroundings are not the determining factor: they are just one factor among others to be considered. Article 647 *C.C.Q.* implies with good reason that family surroundings are the best place to ensure that the child's welfare is protected. But this is a presumption that can be rebutted. If, for whatever reason, it happens that the child's development could be compromised by its being left at its parents' home or returned there, the child's interest justifies passing over the rights of the person having parental authority. The child's interest does not put an end to such authority but indicates the limits on its exercise. As Professor Knoppers observed concerning the adoption of art. 30 *C.C.L.C.*:

What has occurred then may well be a complete reversal of the attitude of the law towards children, the new approach considering their interests as primary over those of their parents. This approach is all the more evident in the new provisions aimed at protecting the child during or following a marriage breakdown. In these cases it is not only the equality principle [of the spouses] that is to guide the court, but also the principle of the best interests of the child.

(B. M. Knoppers, *op. cit.*, at p. 212.)

This interpretation of art. 30 *C.C.L.C.* and the relative nature of the rights conferred by parental authority seems to me to be consistent with the legislative intent underlying that provision, which also finds expression in ss. 3 and 4 of the *Youth Protection Act*:

table le rôle prépondérant de l'intérêt de l'enfant et la nécessité de lui accorder, en certaines circonstances, la priorité sur les intérêts qui pourraient lui être opposés.

Le libellé de l'art. 30 *C.c.B.-C.* confirme lui-même que l'intérêt de l'enfant peut primer à l'occasion sur celui du titulaire de l'autorité parentale s'ils entrent en conflit. L'article 30 *C.c.B.-C.* énonce que l'intérêt de l'enfant s'évalue en prenant en considération notamment «l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve». Malgré le poids considérable qui doit lui être accordé, le milieu familial n'est donc pas le critère déterminant: il demeure un facteur qui doit être considéré parmi d'autres. L'article 647 *C.c.Q.* présume à juste titre que le milieu familial constitue le foyer le plus susceptible d'assurer le bien-être de l'enfant. Mais c'est une présomption qui peut être renversée. S'il avère que, quelle qu'en soit la cause, le développement et l'épanouissement de l'enfant risquent d'être compromis du fait qu'il est laissé chez ses parents ou qu'il y est retourné, l'intérêt de l'enfant permet alors de passer outre aux droits du titulaire de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant ne supprime donc pas l'autorité mais il prescrit les paramètres de son exercice. Comme le souligne le professeur Knoppers au sujet de l'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.:*

[TRADUCTION] Il peut bien alors s'être produit un renversement complet de l'attitude du droit à l'égard des enfants, la nouvelle position accordant une importance principale à leurs intérêts par rapport à ceux de leurs parents. Cette position ressort encore plus des nouvelles dispositions qui visent à protéger l'enfant pendant la dissolution du mariage ou après celle-ci. Dans ces cas, c'est non seulement le principe de l'égalité [des conjoints] qui doit guider le tribunal mais également le principe de l'intérêt véritable de l'enfant.

(B. M. Knoppers, *op. cit.*, à la p. 212.)

Cette interprétation de l'art. 30 *C.c.B.-C.* et du caractère relatif des droits que confère l'autorité parentale me semble conforme à l'intention du législateur que l'on retrouve également exprimée aux art. 3 et 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*:

3. Decisions made under this Act must be in the interest of the child and respect his rights.

4. Every decision made under this Act must contemplate the child's remaining with his family. If, in the interest of the child, his remaining with or returning to his family is impossible, the decision must contemplate his being provided with continuous care and stable conditions of life corresponding to his needs and his age and as nearly similar to those of a normal family environment as possible. [Emphasis added.]

In my opinion, it cannot be argued that deprivation of parental authority is the sole manner in which limitations may be imposed on the custody right of the person having parental authority. Such a suggestion would amount to denying that the child's interest is the determining factor when custody is disputed. There can be no question that art. 30 C.C.L.C. applies to custody matters. Article 30 C.C.L.C. is based on the *Draft Civil Code* proposed by the Civil Code Revision Office, which in a chapter entitled "Provisions Relating to Children", proposed an article which is fundamentally identical:

25 In every decision concerning a child, whether that decision is made by his parents, by the persons acting in their stead, by those entrusted with his custody or by judicial authority, the child's interest must be the determining factor.

Consideration is given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code* (1978), vol. I, at p. 9.)

The comments of the Office on this provision clearly indicate its applicability to custody:

This article is new. It states the principle that the child's interest is of supreme importance when decisions concerning him are made. It also determines the criteria by which the court must be guided in its assessment, particularly in cases of adoption, custody or support.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1, at p. 28.)

3. Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

4. Toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu parental. Si, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien ou le retour dans son milieu parental n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu parental normal. [Je souligne.]

On ne peut prétendre, à mon avis, que la déchéance de l'autorité parentale prévoit de façon exclusive les limitations qui peuvent être apportées au droit de garde du titulaire de l'autorité parentale. Cette affirmation reviendrait à nier le caractère déterminant de l'intérêt de l'enfant lorsque la garde de celui-ci est contestée. L'application de l'art. 30 C.c.B.-C. en matière de garde ne saurait faire de doute. L'article 30 C.c.B.-C. tire son origine du *Projet de Code civil* présenté par l'Office de révision du Code civil qui proposait au chapitre intitulé «Dispositions relatives aux enfants» un article sensiblement identique:

25 L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne, qu'elle soit prise par ses parents, par les personnes qui en tiennent lieu ou qui en ont la garde ou par l'autorité judiciaire.

On tient compte, notamment, de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil* (1978), vol. I, à la p. 9.)

Les commentaires de l'Office au sujet de cette disposition indiquent clairement son applicabilité en matière de garde:

i Cet article est nouveau. Il énonce le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Il précise, en outre, les critères qui doivent guider le tribunal dans son appréciation, notamment en cas d'adoption, de garde ou de pension alimentaire.

j (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1, à la p. 30.)

Articles 568 to 570 *C.C.Q.* also stress the primacy of the child's interest by adopting the criterion established by art. 30 *C.C.L.C.* for the situation in which a third person claims custody of the child from the person having parental authority:

568. Divorce does not deprive the children of the advantages secured to them by law or by the marriage contract.

The rights and duties of fathers and mothers towards their children are unaffected by divorce, subject to the following provisions. [Emphasis added.]

569. The court, in granting the divorce or subsequently, decides as to the custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights, taking into account the agreements made between the spouses, where such is the case. [Emphasis added.]

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

Although art. 569 is not in force as regards divorce, these three provisions do govern the award of custody of children where a marriage is annulled or the parents are separated as to bed and board (arts. 439, 535 and 536.1 *C.C.Q.*) By adopting the very wording of art. 30 *C.C.L.C.*, art. 569 *C.C.Q.* makes it clear beyond doubt that the child's interest is the only criterion to be considered in awarding custody. Article 570 *C.C.Q.*, based solely on this criterion, authorizes the court to award custody to a third person even though both parents are prepared to assume its exercise. *A fortiori* this may also be the case when a third person wishes to obtain custody of a child from the sole surviving parent, if it appears that the child's interest requires such a solution.

Another important legislative amendment which also occurred in 1980 supports the conclusion that the child's interest must be given priority when it is inconsistent with the rights of the person having parental authority. The former art. 245 of the *Civil Code of Lower Canada* provided that the delegation by a parent of the exercise of his or her custody right was revocable at any time:

Les articles 568 à 570 *C.c.Q.* réitèrent d'ailleurs la primauté de l'intérêt de l'enfant en adoptant le critère établi par l'art. 30 *C.c.C.-B.* dans la situation où un tiers réclame du titulaire de l'autorité parentale la garde de l'enfant:

568. Le divorce ne prive pas les enfants des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par le contrat de mariage.

b Il laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve de ce qui suit. [Je souligne.]

569. Au moment où il prononce le divorce ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux. [Je souligne.]

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

e Même si l'art. 569 n'est pas en vigueur pour fins de divorce, il n'en reste pas moins que ces trois dispositions régissent l'attribution de la garde des enfants lors de la nullité de mariage ou de la séparation de corps des parents (art. 439, 535 et 536.1 *C.c.Q.*) En reprenant les termes mêmes de l'art. 30 *C.c.B.-C.*, l'art. 569 *C.c.Q.* consacre de façon indubitable que l'intérêt de l'enfant est le seul critère qui doit être considéré dans l'attribution de la garde d'un enfant. L'article 570 *C.c.Q.* permet même, sur la base de ce seul critère, de confier la garde à un tiers quoique les deux parents puissent être disposés à l'exercer. À fortiori peut-il en être ainsi lorsqu'un tiers désire obtenir la garde d'un enfant à l'encontre du seul parent survivant, s'il appert que l'intérêt de l'enfant exige une telle solution.

Une autre modification législative d'importance, survenue également en 1980, était la conclusion que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir lorsqu'il est incompatible avec les droits du titulaire de l'autorité parentale. L'ancien art. 245 du *Code civil du Bas-Canada* prévoyait que la délégation par un parent de l'exercice de son droit de garde était révocable en tout temps:

245. The person having parental authority may delegate the custody, education and supervision of the child. Such delegation may be revoked at any time.

This article was repealed when the *Civil Code of Quebec* was adopted, S.Q. 1980, c. 39, s. 14. Article 649 *C.C.Q.*, which now provides for the custody of a child to be delegated, no longer authorizes the person having parental authority to recover exercise of custody at any time if this would conflict with the child's right not to be disrupted by removal from surroundings in which it may have developed close ties essential to its welfare:

649. The person having parental authority may delegate the custody, supervision or education of the child.

The return of the child to its family is thus subordinated to the child's interest (R. Joyal-Poupart, "La loi 89 et l'autorité parentale" (1982), 13 *R.G.D.* 97, at pp. 100-101; B. M. Knoppers, *op. cit.*, at p. 217). This limitation on the rights of parental authority is in no way connected with a requirement that there be present serious cause which can be attributed to the holder's conduct. A parent may have delegated custody of his or her child pursuant to art. 649 *C.C.Q.* for reasons which are quite legitimate, such as illness, poverty or separation by distance caused by working abroad in order to support the family. That it may be impossible even to partially deprive the person having parental authority does not mean that the child will have to return to live with its parent if the result leads to a traumatism or a major emotional upheaval.

The concern to protect the child's interest has been expressed in a number of recent decisions in which custody was awarded to a third person for the child's well-being, even though the facts did not establish against the person having parental authority any serious cause that could lead to total or partial deprivation. These decisions are subsequent to the introduction of the concept of deprivation into the *Civil Code*.

Ménard v. Ménard, J.E. 81-882 (C.A.), concerned the custody of a child who was five and a half years old when the proceedings began. The parents applied for *habeas corpus* against the

245. Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Cette délégation est révocable en tout temps.

Cet article a été abrogé lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, chap. 39, art. 14. L'article 649 *C.c.Q.* qui permet désormais la délégation de la garde d'un enfant n'autorise plus le titulaire à en recouvrer l'exercice à tout moment, sans égard au droit de l'enfant à ne pas être perturbé en étant retiré d'un milieu de vie où il peut avoir développé des liens étroits essentiels à son bien-être:

649. Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant.

Le retour de l'enfant dans sa famille est donc devenu subordonné à l'intérêt de l'enfant (R. Joyal-Poupart, «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97, aux pp. 100 et 101; B. M. Knoppers, *op. cit.*, à la p. 217). Cette restriction aux droits de l'autorité parentale n'est aucunement liée à la nécessité de retrouver dans le comportement du titulaire un motif grave qui puisse lui être imputé. Un parent peut avoir délégué, conformément à l'art. 649 *C.c.Q.*, la garde de son enfant pour un motif tout à fait légitime tel la maladie, l'indigence ou encore l'éloignement causé par un travail à l'extérieur afin de subvenir aux besoins de la famille. L'impossibilité de déchoir même partiellement le titulaire de son autorité parentale ne signifie pas pour autant que l'enfant doive retourner vivre chez son parent s'il en résulte un traumatisme ou un bouleversement émotionnel important.

Le souci de préserver l'intérêt de l'enfant a été exprimé dans de nombreuses décisions récentes où la garde a été confiée à une tierce personne en fonction du bien-être de l'enfant quoique les faits ne permettaient pas de retenir contre le titulaire de l'autorité parentale un motif grave susceptible d'entraîner la déchéance totale ou partielle. Ces décisions sont subséquentes à l'introduction du concept de déchéance dans le *Code civil*.

L'arrêt *Ménard c. Ménard*, J.E. 81-882 (C.A.), met en cause la garde d'une enfant âgée de cinq ans et demi lors du début des procédures. Les parents intentent un recours en *habeas corpus*

uncle and aunt, who in turn filed an application for custody of the child whom they had cared for since her birth, apart from a brief five-month interval. The mother gave birth in very unfortunate circumstances. While still pregnant, the appellant learned that she was suffering from cancer. She had to undergo a number of operations during her pregnancy which led to many complications. The child was given to the uncle and aunt at birth. Seventeen months later, the mother took the child back, but had to return it to the respondents' custody some time later following another operation. The respondents continued to have custody of the child with the parents' consent until the latter decided to institute proceedings to recover custody of her. The trial judge first in an interim judgment postponed the final decision and awarded custody to the uncle and aunt while giving the appellants substantial rights to care for the child at their home. This experiment proved successful. On the basis of further evidence, however, the Superior Court in its final judgment awarded custody to the respondents and dismissed the parents' action, giving them nevertheless the right to care for their daughter every other weekend, for one week during the Christmas holidays and for a month in the summer: [1981] C.S. 50.

This judgment was affirmed by the Court of Appeal. Bernier J.A. held that the trial judge properly considered that it was in the child's interest for her to remain with her uncle and aunt even though the appellants were excellent parents:

[TRANSLATION] The trial judge stated the law correctly. He considered the rule that when a very young child is held by a third person against the wishes of its father and mother, it is presumed to be held illegally; that however this is only a presumption which may be rebutted; that the child should be left in the custody of the third persons concerned if, in view of the particular circumstances of the case, this is in its best interest, a matter which is in the judge's discretion.

Further, there is no doubt that the applicants are a close couple and are excellent parents for their daughter Chantale, and there is no reason to think they would be otherwise with Isabelle.

contre l'oncle et la tante qui à leur tour présentent une requête demandant la garde de l'enfant dont ils ont pris soin depuis sa naissance, à l'exception d'un bref intervalle de cinq mois. La mère a accouché dans des circonstances pénibles. Alors qu'elle est enceinte, l'appelante apprend qu'elle est atteinte de cancer; elle doit subir durant la période de la grossesse de nombreuses opérations qui entraînent de multiples complications. Dès sa naissance, l'enfant est remise à l'oncle et à la tante. Dix-sept mois plus tard, la mère reprend l'enfant mais elle doit en remettre la garde aux intimés quelque temps après en raison d'une nouvelle intervention chirurgicale. Les intimés continuent d'exercer la garde du consentement des parents jusqu'au moment où ceux-ci décident d'entamer des procédures pour récupérer la garde. Le juge de première instance rend dans un premier temps un jugement intérimaire par lequel il ajourne l'adjudication finale pour confier la garde à l'oncle et à la tante tout en accordant des droits substantiels d'hébergement aux appellants. Cette expérience s'avère heureuse; à la suite d'une preuve additionnelle, la Cour supérieure confie toutefois par jugement final la garde aux intimés et rejette le recours des parents en leur accordant néanmoins le droit de recevoir leur fille une fin de semaine sur deux, une semaine durant la période des Fêtes et un mois durant l'été: [1981] C.S. 50.

Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel. Le juge Bernier statue que le juge de première instance considère à bon droit que l'intérêt de l'enfant dicte qu'il reste chez son oncle et sa tante même si les appellants sont d'excellents parents:

Le premier juge s'est bien dirigé en droit. Il a tenu compte de la règle à l'effet que lorsqu'un enfant en bas âge est gardé par un tiers contre le gré de ses père et mère, il est présumé être détenu illégalement; qu'il ne s'agissait là cependant que d'une présomption qui pourra être contrée; qu'il y aura lieu de laisser l'enfant à la garde des tiers concernés si tel est là l'intérêt fondamental de l'enfant, eu égard aux circonstances particulières du cas, question laissée à la discrétion judiciaire du juge.

D'autre part, il ne fait aucun doute que les requérants font un couple uni et d'excellents parents pour leur fille Chantale, et il n'y a pas lieu de croire qu'ils agiraient autrement avec Isabelle.

The question is whether, in the circumstances of the case, it is in the child's interest for the status quo to be altered at this time. The obstacle is that the appellants are practically strangers to the child. Without blaming them in any way the fact remains that, as the judge properly concluded on the evidence, the appellants had practically speaking abandoned her, or what amounts to the same thing, relinquished her maintenance and education to the respondents without making any effort to establish and maintain ties of affection with her. They cannot be blamed for entrusting the child to the respondents: it was the best they could do in the interest of the child in the circumstances. Because of her illness and the many complications which subsequently arose, the appellant mother was physically incapable of caring for this child, and indeed not even for her other child Chantale. This was also true with the appellant father, who had to take over the family business, first because of his father's illness and then the latter's death, and this took up nearly all of his time

I concur with the trial judge that the weight of the expert evidence is that, in the circumstances, altering the status quo would involve a great risk to the child's psychological well-being. Like him, I consider that the Court should accept the opinion of the psychologist, Mariette Lepage, that there is nothing to be gained by moving Isabelle and that, on the contrary, there would be significant advantages if she were to continue living with the respondents and to be able to continue developing a healthy and harmonious relationship with the appellants. [Emphasis added.]

The Court of Appeal did not mention *Ménard v. Ménard*. Nevertheless, I think that it contradicts the principles applied by the Court of Appeal in the case at bar.

The possibility of entrusting a child to the care of a third person in the absence of serious cause for total or partial deprivation has previously been discussed in *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82. Although he concluded that the father's attitude in no way suggested either a lack of interest or abandonment, Mayrand J.A. noted in that case that he would have been prepared to leave the custody with the grandparents who, along with the mother, had looked after the child for many years, if the return of the child to his father had had a harmful effect on his development (at p. 86):

[TRANSLATION] If the evidence definitely showed that Roberto's return to his father would be harmful to

La question est de savoir si, dans les circonstances du cas, il est de l'intérêt de l'enfant que le *statu quo* soit actuellement modifié. L'obstacle est que les appellants sont pratiquement des étrangers pour l'enfant. Sans en cela les blâmer daucune façon, le fait demeure, comme le juge en a conclu à juste titre de la preuve, les appellants l'ont en pratique abandonnée, ou ce qui revient au même s'en sont complètement remis aux intimés pour son entretien et son éducation sans se préoccuper de faire naître et d'entretenir chez l'enfant des liens affectifs à leur égard. Ils ne peuvent être blâmés d'avoir confié l'enfant aux intimés; c'est ce qu'ils pouvaient faire de mieux dans le meilleur intérêt de l'enfant dans les circonstances. À cause de sa maladie et des complications multiples qui survinrent par la suite, l'appelante s'est vue incapable physiquement de s'occuper de l'enfant et, à ce titre, même de son autre enfant Chantale. Ce fut aussi le cas de l'appelant qui a dû prendre charge du commerce familial, d'abord à cause de la maladie de son père et ensuite du décès de celui-ci, ce qui prit la presque totalité de son temps

J suis aussi de l'avis du premier juge que la prépondérance de la preuve des témoins-experts est à l'effet qu'il y aurait un grand risque pour la santé psychologique de l'enfant de modifier le *statu quo* dans les circonstances. Comme lui, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accepter l'opinion de la psychologue, Mariette Lepage, à l'effet qu'il n'y aurait aucun avantage à déplacer Isabelle et par contre qu'il y aurait énormément d'avantages à ce qu'elle continue de demeurer avec les intimés et qu'elle puisse continuer à développer des relations saines et harmonieuses avec les appellants. [Je souligne.]

La Cour d'appel ne mentionne pas l'arrêt *Ménard c. Ménard*. Pourtant il me paraît contredire les principes qu'elle énonce en l'espèce.

La possibilité de confier un enfant à un tiers en l'absence d'un motif grave de déchéance totale ou partielle avait déjà été évoquée dans *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82. Malgré qu'il ait conclu que l'attitude du père excluait toute idée de désintéressement et d'abandon, le juge Mayrand y souligne qu'il aurait été disposé à laisser la garde aux grands-parents qui, avec la mère, avaient pris soin de l'enfant durant de nombreuses années, si le retour de l'enfant chez son père avait produit un effet néfaste sur son développement (à la p. 86):

[Si la preuve révélait de façon certaine que la reprise de Roberto par son père lui serait préjudiciable, que la

the child, that moving him to another country would cause him a psychic trauma, I would be prepared to leave him with his grandparents. However, there is no evidence that moving the child would have harmful effects on him. According to the trial judge, whose opinion appears to me to be correct, the fears expressed in this regard by the appellants were not justified.

In *Gohier-Desfossés v. Gohier*, J.E. 79-23 (C.S.), a mother claimed from her sister custody of the child she had to leave with her at birth because of very unfortunate circumstances. The appellant, who was single and twenty-two years old when her son was born, was forced to give him up by her parents who wanted to conceal the birth at all costs. The child was given to his aunt and her husband who had already begun raising a family. On the evidence the Court concluded that the mother had never expressly renounced her rights over the child. At the hearing of the application, however, the child categorically refused to go and live with his mother. Jules Beauregard J. dismissed the mother's application on the following grounds:

[TRANSLATION] The Court is aware that the rights resulting from paternal authority belong to the parents from the time the child is born (arts. 243, 244 and 113 C.C.) The blood relationship between the mother and the child, though very strong, does not give her an absolute priority over persons who have raised the child since its very early years, [a child which] is now old enough to exercise a choice that may be viewed as judicious. Moreover, the courts have approved the principle that parental authority should yield to the child's interest.

There seems to be no doubt that the applicant has been the quite unintentional victim of a serious injustice, and has been unable, especially on account of her father, to take on the role of mother to her child and, because of her inadequate behaviour, she has unintentionally alienated the respect and affection of her child.

However, in the best interest of the child the Court considers that he should remain in the family surroundings he has known since birth.

If the applicant is deeply attached to the child, as she appeared to indicate at the hearing, it would be desir-

transplantation de l'enfant dans un autre pays lui causerait un traumatisme psychique, je serais disposé à le laisser chez ses grands-parents. Mais la preuve ne permet pas d'affirmer que le déplacement de l'enfant aura sur lui des effets nocifs. Selon le juge de première instance, dont l'avis me paraît judicieux, les appréhensions manifestées par les appétants à ce sujet ne sont pas justifiées.

Dans *Gohier-Desfossés c. Gohier*, J.E. 79-23 (C.S.), une mère réclame de sa sœur la garde de l'enfant qu'elle a dû lui laisser dès l'accouchement en raison de circonstances très pénibles. Célibataire et âgée de vingt-deux ans lors de la naissance de son fils, la requérante a été contrainte de se départir de son enfant par ses parents qui voulaient cacher à tout prix cette naissance. L'enfant a été confié à sa tante et son époux qui ont déjà commencé à élever une famille. Le tribunal juge d'après la preuve que la mère n'a jamais renoncé explicitement à ses droits sur l'enfant. L'enfant refuse toutefois catégoriquement d'aller vivre chez sa mère lors de l'audition de la requête. Le juge Jules Beauregard rejette la demande de la mère pour les motifs suivants:

La Cour est consciente que les droits résultant de la puissance paternelle appartiennent aux parents dès la naissance de l'enfant (art. 243, 244 et 113 C.c.) Les liens du sang entre mère et enfant, quoique très forts, ne lui donnent cependant pas une priorité absolue face à des personnes qui ont élevé un enfant depuis sa tendre enfance et qui a aujourd'hui atteint un âge assez avancé pour exercer un choix qui pourrait être considéré judicieux. La jurisprudence a de plus sanctionné le principe que l'autorité parentale doit céder devant l'intérêt de l'enfant.

Il ne semble faire de doute que la requérante a été la victime bien involontaire d'une sérieuse injustice, ayant été dans l'impossibilité, particulièrement à cause de son père, de jouer son rôle de mère à l'égard de son enfant et à cause d'un comportement inadéquat, s'est aliéné involontairement l'estime et l'affection de son enfant.

Toutefois dans le plus grand intérêt de l'enfant la Cour considère que ce dernier doit demeurer dans le milieu familial qu'il a toujours connu depuis sa naissance.

Il serait souhaitable, si la requérante aime profondément son enfant comme elle a semblé l'indiquer à l'en-

able for her to accept this decision in her child's best interest. She should make this ultimate sacrifice and act differently toward her child in future in the hope that one day he will return to her of his own accord so that closer and highly beneficial relations can be established. [Emphasis added.]

The criterion of the child's interest also led the Superior Court to award custody of a child to a third person in *Droit de la famille*—86, [1983] C.S. 1017. The mother obtained custody of her daughter in divorce proceedings, and subsequently lived together with another man, the respondent in this case. On the death of his ex-wife, the father filed an application against the respondent for custody of the child and the respondent replied by seeking custody of the child for himself and deprivation of the father's parental authority. The applicant's daughter, who was then fourteen years old, clearly expressed her wish to remain with the respondent. At the Court's request, she went to stay with her father during the Christmas holidays but the attempt to foster a renewal of relations failed.

Durocher J. dismissed the application for deprivation of parental authority. He held that the father's various efforts to remain in touch with his daughter prevented him from concluding that there had been any "serious cause" within the meaning of art. 654 C.C.Q. Nevertheless, he awarded custody of the child to the person she regarded as her father, stating that the criterion of the child's interest set forth in art. 30 C.C.L.C. permitted such a solution (at pp. 1020-21):

[TRANSLATION] It can thus be seen that even in a matter involving parental authority the criterion of the child's interest has been given priority.

Custody of a child can be given to another without depriving the parent of his parental authority, though in practice and in fact it will be difficult to exercise such authority without custody.

With the child's interest in mind the Court approves the choice clearly indicated by her. She was old enough and sensible enough to make such a choice. It is true that she made it on the basis of emotional considerations. That is perhaps understandable in a girl who had

quête, qu'elle puisse accepter cette décision dans le plus grand intérêt de son enfant. Elle doit faire ce sacrifice ultime et avoir à l'avenir un comportement différent envers son enfant avec l'espoir qu'un jour de son plein gré il se retourne vers elle de façon à ce qu'il y ait un rapprochement entre eux qui serait des plus bénéfiques. [Je souligne.]

Le critère de l'intérêt de l'enfant a également conduit la Cour supérieure à accorder à une tierce personne la garde d'un enfant dans *Droit de la famille*—86, [1983] C.S. 1017. La mère a obtenu lors du divorce la garde de sa fille, puis a fait vie commune avec un autre homme, l'intimé en espèce. Suite au décès de son ancienne épouse, le père présente contre l'intimé une requête pour garde d'enfant et l'intimé réplique en demandant la garde de l'enfant et la déchéance de l'autorité parentale du père. La fille du requérant, alors âgée de quatorze ans, exprime clairement son choix de demeurer chez l'intimé. À la demande du tribunal, elle va séjourner chez son père durant les vacances de Noël mais la tentative de favoriser la reprise des relations échoue.

Le juge Durocher rejette la demande en déchéance de l'autorité parentale. Il juge que les divers efforts du père pour rester en contact avec sa fille l'empêchent de conclure en la présence d'un «motif grave» au sens de l'art. 654 C.c.Q. Il confie néanmoins la garde de l'enfant à celui qu'elle considère comme son père en déclarant que l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c. B.-C. permet une telle solution (aux pp. 1020 et 1021):

On constate donc que, même en matière d'autorité parentale, on a consacré une fonction primordiale au critère de l'intérêt de l'enfant.

On peut confier la garde d'un enfant à une personne sans déchoir un parent de son autorité parentale, bien que, en pratique et en fait, il soit difficile d'exercer l'autorité sans la garde.

Le Tribunal retient ici, dans cet objectif de l'intérêt de l'enfant, le choix qu'elle a clairement indiqué. Elle est en effet assez âgée et consciente pour faire ce choix. Il est vrai qu'elle le fait en étant inspirée par des raisons d'ordre émotif. Cela peut se comprendre chez une jeune

lost her mother not long before. Unfortunately she knew little of her father and it is natural for her to turn towards the person who has long "served as a male model", to use the language of the psychological experts who testified before this Court.

However, this choice can be justified on other grounds. As we have seen, Mr. B... has a sincere affection for her. He provides for her material needs and can continue doing so. He also provides for her education in other areas. He allows her to remain in contact with other members of her mother's family and his own.

Briefly stated, she has found the stability which a child seeks. Conversely, the Court considers that changing her surroundings would be a source of emotional and psychological problems that would not be advisable to impose on her.

A situation essentially similar to that in the appeal at bar arose in *Droit de la famille*—110, [1984] C.S. 99. The child whose custody was claimed by the father had been entrusted to the boy's aunt in 1982, two months before his mother's death. He stayed there subsequently despite a request by his father in 1983 that he return to the family home. The intervention of a social worker was unsuccessful in bringing the father and his son together. The fifteen-year-old youth persisted in his refusal to return to his father's home. Gomery J. awarded custody to the child's aunt, while recognizing that the boy's father continued to be the sole person having parental authority after his wife's death (at p. 101):

[TRANSLATION] It is not in dispute that the applicant is the sole person having parental authority over the mis en cause, as his mother is dead (article 648 C.C.Q.)...

In attempting to resolve the issue, however, the Court must be guided primarily by the child's interest: article 30 of the *Civil Code of Lower Canada* states that it must be so, and the principle is repeated in the very wording of article 653 C.C.Q. Accordingly, it is not simply a matter of giving legal effect to the wishes of the person having parental authority, but instead one must consider whether these wishes are best for the son's welfare.

The applicant has shown a lack of interest in the mis en cause since his wife's death. It is in part because of his absence from his son's life that the relations between father and son are not close: M... mentioned that they had a communication problem and he has become convinced that his father was never concerned about him.

fille qui avait alors perdu sa mère depuis peu. Elle a malheureusement peu connu son père et il est naturel qu'elle se tourne vers celui qui lui a depuis longtemps «servi de modèle masculin», pour employer le langage des experts psychologues qui témoignent devant nous.

Mais ce choix est justifiable sous d'autres aspects. Comme on l'a vu, M. B... lui porte une affection sincère. Il voit à ses besoins matériels et peut continuer à le faire. Il voit aussi à son éducation sur les autres plans. Il lui permet de demeurer en relations avec d'autres membres de la famille de sa mère et de la sienne.

En somme, elle y trouve la stabilité qu'une enfant recherche. Inversement, le Tribunal estime qu'un changement de milieu pour elle serait une source de problèmes d'ordre émotionnel et psychologique qu'il ne serait pas bon de lui imposer.

Une situation sensiblement analogue à celle que l'on retrouve au présent pourvoi s'est présentée dans *Droit de la famille*—110, [1984] C.S. 99. L'enfant dont la garde est réclamée par le père a été confié à sa tante en 1982, deux mois avant le décès de sa mère. Il y reste ensuite malgré la demande de son père en 1983 l'enjoignant de réintégrer le domicile familial. L'intervention d'un travailleur social ne permet pas au père et à son fils d'effectuer un rapprochement. L'adolescent de quinze ans persiste dans son refus de retourner chez son père. Le juge Gomery confie la garde de l'enfant à sa tante tout en reconnaissant que son père demeure l'unique titulaire de l'autorité parentale suite au décès de son épouse (à la p. 101):

Il n'est pas contesté que le requérant est le seul titulaire de l'autorité parentale sur le mis en cause, sa mère étant décédée (l'article 648 C.C.Q.)...

Cependant en essayant de trancher le débat, le Tribunal doit être guidé surtout par l'intérêt de l'enfant; l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada* le dit, et le principe est répété au texte même de l'article 653 C.C.Q. Donc, il ne s'agit pas simplement de donner la force de la loi à la volonté du titulaire de l'autorité parentale, mais plutôt d'examiner si son désir est la meilleure chose pour le bien-être de son fils.

Le requérant a démontré un manque d'intérêt au sujet du mis en cause depuis le décès de sa femme. En partie à cause de son absence de la vie de son fils, les relations père-fils ne sont pas proches: M... mentionne une difficulté de communication entre eux et a acquis la conviction que son père ne s'est jamais occupé de lui. Il associe

He associates the applicant's house with the unpleasant events he experienced during his mother's last illness. He is disturbed by the possibility of having to go back there. He attends the local school and participates in activities and sports. As is natural with a young person of his age his friends are of primary importance and they are mostly in Danville. Accordingly, the respondent's residence has become his family home, and the respondent and her husband are much more his family than is the applicant. He recognizes that he has to re-establish relations with the applicant, but it is apparent that this process will take time and patience. The psychologist who interviewed him recommended that the status quo be maintained.

The combination of these factors and the choice made by the child himself compel the Court to rule in favour of the wish expressed by him. However, a reconciliation between M... and his father will never take place if contact between them is not encouraged, so the mis en cause will be required to visit his father regularly, something to which he has no objection.

Finally, in a recent case Boudreault J. specifically refused to deprive a mother of her parental authority, while at the same time recognizing that it was in the child's interest for him to live with his aunt (*Droit de la famille*—228, [1985] C.S. 808). The mother of a young sixteen-year-old man, filed an application for a change of custody to vary a judgment rendered in 1979 refusing to award her custody of her son and instead awarding "legal" custody of the child to his aunt and "physical" custody to his grandmother. In support of her new application, the mother alleged that she had made use of her outing rights and been able to establish very good relations with her son. The young man admitted at the hearing that his relations with his mother were good but he expressed a definite wish to stay with his aunt, with whom he had gone to live because of his grandmother's age. Boudreault J. considered that it was in the young person's interest to maintain the status quo (at p. 810):

[TRANSLATION] The Court considers that it does not appear from the evidence or the circumstances to be in the interest of this young man, who will soon be seventeen years old, to oppose his wish to continue living with his father's family. This wish would not seem in itself to be in any way arbitrary or harmful and there is no serious consideration which militates in favour of a change of physical custody at this time of his life. On

a en son esprit la maison du requérant avec les malheureuses expériences qu'il a vécues à l'occasion de la dernière maladie de sa mère. La possibilité qu'il soit obligé d'y retourner le rend inquiet. Il fréquente l'école locale et participe aux activités et sports. Naturellement pour une jeune personne de son âge, ses amis sont d'une importance primordiale et ils se trouvent principalement à Danville. Donc la résidence de l'intimée est devenue pour lui sa demeure familiale, et l'intimée et son mari sont sa famille beaucoup plus que le requérant. Il reconnaît qu'il doit rétablir ses relations avec le requérant, mais il est apparent que ce processus prendra du temps et de la patience. Le psychologue qui l'a évalué recommande le maintien du statu quo.

c La combinaison de ces facteurs et le choix de l'enfant lui-même nous obligent à conclure en faveur du désir qu'il exprime. Cependant la conciliation entre M... et son père ne sera jamais accomplie si leurs contacts ne sont pas favorisés; donc le mis en cause sera requis d'aller voir son père régulièrement, chose à laquelle il dit n'avoir aucune objection.

e Enfin, le juge Boudreault refuse spécifiquement dans une cause récente de déchoir une mère de son autorité parentale tout en reconnaissant que l'intérêt de l'enfant exige que celui-ci demeure chez sa tante (*Droit de la famille*—228, [1985] C.S. 808). La mère d'un jeune homme de seize ans présente une requête en changement de garde afin de modifier un jugement rendu en 1979 qui a refusé de lui accorder la garde de son fils pour attribuer plutôt à sa tante la garde «légale» et à sa grand-mère la garde «physique» de l'enfant. Au soutien de sa nouvelle requête, la mère allègue qu'elle s'est prévalué de ses droits de sortie et est parvenue à établir de très bons rapports avec son fils. Le jeune homme admet à l'enquête que les relations avec sa mère sont bonnes mais il exprime toutefois le net désir de rester chez sa tante avec laquelle il est allé vivre à cause de l'âge de la grand-mère. Le juge Boudreault estime qu'il est dans l'intérêt de cet adolescent de maintenir le statu quo (à la p. 810):

i Le Tribunal estime qu'il n'apparaît pas de la preuve ou des circonstances qu'il soit dans l'intérêt de ce jeune homme, qui aura bientôt 17 ans, de contrer son désir de continuer à habiter dans la famille de son père. Ce désir, en soi, n'apparaît nullement arbitraire ou néfaste et aucun fait sérieux ne milite en faveur d'un changement de garde physique à ce moment de son existence. D'après la preuve, E... ne démontre aucun trouble fon-

the evidence, E... has no functional problem to which a possible solution must be found.

The wishes and preferences of children as regards their custody must be given due consideration by the courts, though their importance may vary with the age and maturity of the child expressing them.

Boudreault J. dissociated himself from the position taken by the Court of Appeal in *Droit de la famille*—52, *supra*, and considered that the child's interest should have priority even where there is no serious cause for deprivation (at p. 810):

[TRANSLATION] However, despite the interpretation that the Court of Appeal gave to the articles of the Code dealing with parental authority, and despite the fact that since 1979 there has not been any evidence of a cause, serious or otherwise, for which the mother should be even partially deprived of her parental authority, this Court with respect is not persuaded that in the circumstances of the case at bar it should force a young seventeen-year-old man, against his reasonable wish, to live with his mother with whom he has not lived since the age of two and a half. The risk of an unfavourable reaction by the young man, which could adversely affect future good relations between the mother and the child, can only mean that the reasonable and sober wish of E... should be respected by the courts when he is only one year away from the age of majority.

Article 30 C.C. makes no distinction when it provides that the child's interest and respect for his rights should be the determining factors in decisions concerning him. While it is true that practically speaking—and even this is a presumption—a child's interest is such that he should stay with his father or mother, or with one of them, there may nevertheless be exceptional circumstances unconnected with that father or mother which may justify the courts allowing the child to live elsewhere. [Emphasis added.]

The cases cited above show that it is not necessary, for the purposes of art. 30 C.C.L.C., to come to an unfavorable conclusion as to the conduct of the person having parental authority for custody to be awarded to a third person. An example that may be cited is that of a parent whose physical handicap is such that it prevents him for all practical purposes from attending to the custody of his child: it would be unnecessary and excessive if the courts had to partially deprive that person of his or her parental authority before awarding custody to a third person. In such a situation the interest of

tionnel auquel il faudrait tenter, si possible, d'apporter une solution.

Les désirs et préférences des enfants en ce qui a trait à leur garde doivent être considérés avec égards par les Tribunaux même si leur importance peut varier selon l'âge et la maturité de l'enfant qui les exprime.

Le juge Boudreault se dissocie de la position de la Cour d'appel énoncée dans *Droit de la famille*—52, précité, et considère que l'intérêt de l'enfant doit primer en l'absence même d'un motif grave de déchéance (à la p. 810):

Cependant, malgré l'interprétation que la Cour d'Appel a donné aux articles du Code traitant de l'autorité parentale et malgré que la preuve ne révèle aucun motif, grave ou non, depuis 1979, autorisant une déchéance, même partielle, de l'autorité parentale de la mère, ce Tribunal avec égards ne peut se convaincre qu'il doive dans les circonstances de l'espèce forcer un jeune homme de 17 ans à aller contre son désir raisonnable, habiter avec sa mère avec laquelle il n'a jamais vécu depuis l'âge de deux ans et demi. Le danger d'une réaction défavorable chez le jeune homme, et qui pourrait nuire aux bonnes relations futures de la mère et de l'enfant, ne peut que vouloir que le désir raisonnable et non fantaisiste d'E... soit respecté par les tribunaux alors qu'il n'est qu'à un an du jour de sa majorité.

L'article 30 C.C. ne fait aucune distinction lorsqu'il stipule que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. Même s'il est vrai que l'intérêt bien compris d'un enfant veut, et c'est même une présomption, qu'il demeure avec son père ou sa mère ou avec l'un des deux, il peut quand même exister des circonstances exceptionnelles non reliées à ce père ou à cette mère, qui peuvent justifier que les tribunaux permettent à l'enfant d'habiter ailleurs. [Je souligne.]

La jurisprudence précitée illustre qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'art. 30 C.c.B.-C., de parvenir à une conclusion défavorable sur la conduite du titulaire de l'autorité parentale pour que la garde soit accordée à une tierce personne. On peut citer à titre d'exemple le cas d'un parent dont le handicap physique serait tel qu'il l'empêcherait de s'occuper à toutes fins pratiques de la garde de son enfant: il serait inutile et exorbitant de devoir déchoir partiellement cette personne avant d'attribuer la garde à un tiers. L'intérêt de l'enfant tel qu'énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. suffit dans une telle

the child, as stated in art. 30 *C.C.L.C.*, would suffice to have the child entrusted to a third person. The same is true when the emotional estrangement between a parent and his child is involuntary or accidental.

It goes without saying, however, that there can be no question of depriving a parent of the exercise of custody of his child because a third person is better off financially, better educated or because he or she already has other children. A third person who wishes to obtain custody of a child must rebut the presumption to the effect that the parent is in a better position to ensure his child's well-being. He must establish on a balance of probabilities that the development of the child is likely to be compromised if he or she remains with the father or mother or returns to live with them. The third person must also show that, unlike the person having parental authority, he or she is able to provide the care and affection needed by the child.

The purpose of awarding custody of a child to a third person is not to release the parent from his or her obligations or to separate him or her from the child. So far as possible, the decision giving custody of the child to a third person must seek to encourage, by the awarding of visiting rights and the right to care for the child at the parent's home, the return of the child to its family surroundings or, if that is not possible, to re-establish more harmonious relations. This interpretation seems to me to be in keeping with the spirit of art. 30 *C.C.L.C.*, which is also expressed in ss. 3 and 4, cited above, of the *Youth Protection Act*: it favours family ties without jeopardizing the need for stability and equilibrium felt by every child.

Furthermore, a person having parental authority who loses exercise of the right of custody is not deprived of all the attributes of parental authority. Dividing up the exercise of parental authority does not result in the loss by the non-custodial parent of the status of person having parental authority:

[TRANSLATION] The parent, or parents, who are deprived of the exercise of custody do not thereby lose either the right of custody itself or the attributes of parental authority in general.

(Marty and Raynaud, *op. cit.*, at p. 445.)

situation pour confier l'enfant à un tiers. Il en est ainsi lorsque l'éloignement affectif entre un parent et son enfant est involontaire ou accidentel.

a

Il va toutefois sans dire qu'il ne saurait être question de priver un parent de l'exercice de la garde de son enfant parce qu'un tiers est plus fortuné, mieux instruit ou encore parce qu'il a déjà d'autres enfants. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit renverser la présomption qui veut qu'un parent est mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. Le tiers doit au surplus démontrer qu'il est capable, contrairement au titulaire de l'autorité parentale, de procurer les soins et l'affection qui sont nécessaires à cet enfant.

b L'attribution de la garde d'un enfant à une tierce personne n'a pas pour finalité de libérer le parent de ses obligations ni de le séparer de son enfant. Dans la mesure du possible, la décision qui confie la garde de l'enfant à un tiers doit tendre à favoriser, par l'attribution de droits de visite et d'hébergement, le retour de l'enfant dans son milieu familial ou, à défaut, le rétablissement de relations plus harmonieuses. Une telle interprétation me semble conforme à l'esprit de l'art. 30 *C.c.B.-C.* que l'on retrouve également exprimé aux art. 3 et 4 précités de la *Loi sur la protection de la jeunesse*: elle privilégie les liens familiaux sans mettre en péril le besoin de stabilité et d'équilibre qu'éprouve chaque enfant.

i Du reste, le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrément de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale:

j Le parent ou les parents privés de l'exercice de la garde ne perdent pour cela ni le droit de garde lui-même ni les attributs de l'autorité parentale en général.

(Marty et Raynaud, *op. cit.*, à la p. 445.)

It is true that the award of custody to a third person means that a part of parental authority, for the purposes of the exercise of that part, is lost to the non-custodial parent. The person who has custody has control over the child's outings, recreation and associations. That person must also, as a consequence of his or her privileged position, make the day-to-day decisions affecting the life of the child. Nevertheless, the non-custodial parent who is deprived of the physical presence of his or her child most of the time enjoys a right to watch over the decisions made by the person who has custody. He or she has the remedy specified in art. 653 C.C.Q. if a decision by the person who has custody appears to be contrary to the child's interest:

653. In the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties.

The non-custodial parent also has, pursuant to his or her status of person having parental authority, the right to decide as to the major choices affecting the direction of the child's life. Thus it is the right of the father or mother to consent to the marriage of a child who is a minor and the right of the person having parental authority to give his or her opinion as to proposed matrimonial agreements (arts. 119 C.C.L.C. and 466 C.C.Q.) The person having parental authority must also consent to the care or treatment required by his or her child if the latter is under fourteen years old and, if the child is fourteen or over, the person having parental authority must be informed in certain circumstances:

42. An establishment or a physician may provide the care and treatment required by the state of health of a minor fourteen years of age or older with his consent without being required to obtain the consent of the person having parental authority; the establishment or the physician must however inform the person having parental authority in the case where the minor is sheltered for more than twelve hours, or of extended treatment.

Where a minor is under fourteen years of age, the consent of the person having parental authority must be obtained; however, if that consent cannot be obtained or

Il est vrai que l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, quant à son exercice, au parent non gardien. Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. Il dispose du recours prévu à l'art. 653 C.c.Q. advenant qu'une décision du gardien lui apparaisse contraire à l'intérêt de l'enfant:

653. En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées (art. 119 C.c.B.-C. et 466 C.c.Q.) Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements requis par son enfant s'il est âgé de moins de quatorze ans; il doit en être averti dans certaines circonstances si l'enfant a quatorze ans ou plus:

42. Un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité parentale en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés.

Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce

where the refusal by the person having parental authority is not justified in the child's best interest, a judge of the Superior Court may authorize the care or treatment.

43. An establishment or a physician shall see that care or treatment is provided to every person in danger of death; if the person is a minor, the consent of the person having parental authority shall not be required.

(*Health Protection Act*, R.S.Q. 1977, c. P-35, ss. 42 and 43.)

The non-custodial parent continues to have a duty to see to the welfare and maintenance of the child (see s. 39 of the *Charter of human rights and freedoms*). Parental authority continues to be vested in that person and he or she exercises such attributes of the authority as are not opposed to the exercise of custody by the third person. The following passage from the reasons of Mayrand J.A. in *Hébert v. Landry*, [1975] C.A. 108, appears to me to be entirely applicable here though it was written in relation to a divorce (at p. 111):

[TRANSLATION] In awarding custody of the children to one of the divorced spouses, the Court is not releasing the other from the obligation to concern himself with the education of the children and contribute thereto, while continuing to have as close relations with them as possibleThe appellant retains all the rights in respect of her children which she had when she was living with her husband and which have not become inconsistent with the respondent's right to custody of the children[Emphasis added.]

I would therefore answer the third question at issue in the affirmative.

VII. Conclusion

Finally, the Court must consider whether the trial judge committed a manifest error in deciding that the evidence established that it was in the interest of H... and X... for their custody to be awarded to the appellants. I draw attention to the fact that the majority of the Court of Appeal did not really question whether it was in the two children's interest to remain with their uncle and aunt (at p. 15):

[TRANSLATION] It may be that in the case at bar the uncle and aunt are in a better position than the father to

consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements.

a 43. Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger; il n'est pas nécessaire, si la personne est mineure, d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale.

b (*Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. 1977, chap. P-35, art. 42 et 43.)

Le parent non gardien demeure tenu de veiller au bien-être et à l'entretien de l'enfant (voir l'art. 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*). Il demeure investi de l'autorité parentale et il en exerce les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le tiers. Le passage suivant du juge Mayrand dans *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108, me semble trouver ici toute son application même s'il a été rédigé dans le contexte d'un divorce (à la p. 111):

e En confiant la garde des enfants à l'un des conjoints divorcés, le tribunal ne libère pas l'autre de son obligation de s'intéresser à l'éducation de ses enfants et d'y contribuer en maintenant avec eux des relations aussi étroites que possibles [...] L'appelante conserve à l'égard de ses enfants tous les droits qu'elle avait lorsqu'elle vivait avec son mari et qui ne sont pas devenus incompatibles avec le droit de l'intimé à la garde des enfants[Je souligne.]

f

C'est donc par l'affirmative que je répondrais à la troisième question en litige.

VII. Conclusion

h Il convient enfin d'examiner si le juge de première instance a commis une erreur manifeste en statuant que la preuve démontre qu'il est dans l'intérêt de H... et X... que leur garde soit confiée aux appellants. Je rappelle que la majorité de la Cour d'appel n'a pas véritablement mis en doute que l'intérêt des deux enfants veut qu'ils demeurent chez leur oncle et tante (à la p. 15):

j Il se peut que dans le présent cas l'oncle et la tante soient mieux en mesure que le père d'assurer une rela-

ensure a positive and productive relationship with the children, but the father should not be deprived of part of his parental authority unless it can be shown that he is unworthy to have custody of his children or is unable to perform his duties properly.

I think the evidence shows clearly that in the present circumstances it is impossible for the two young people to return to live with their father. Despite the intervention of specialists, they have over the course of seven months been unable to adapt to family life with their father. Their repeated running away and clear wish to return to the appellants' home indicate the gulf separating these children from their father. Moreover, the trial judge concluded the best way for the father to lose his children would be to give him custody of them. I consider that the evidence amply supports the conclusion of Meyer J. that the presumption in favour of the person having parental authority has been rebutted in the case at bar. It has also been proved that the appellants are able to exercise custody of the two children properly. I agree with the conclusions of L'Heureux-Dubé J.A. regarding the interest of the children in the present case (at p. 29):

[TRANSLATION] The children are now fifteen and sixteen years old. They refuse to live with their father. They have complied with the various judgments made regarding their custody but have been unable to agree with them. This situation is painful for all the parties concerned, and while one has to feel the greatest sympathy for the appellant, who undoubtedly loves his children and is anxious for their welfare, one can only deplore the fact that throughout all the tragedies he has himself experienced he has not been able to form the ties of affection with his children that ordinarily develop between parents and children. Unfortunately for everyone, a situation has developed which the courts of law are powerless to correct, especially at the present age of the children. This was the finding of the trial judge. It was based on the evidence and is in no way unreasonable, quite the contrary.

However, the respondent argued that the children were the victims of manipulation which prevented them from reaching free and informed decisions and the majority of the Court of Appeal accepted this argument. This suggestion was flatly denied by the children themselves in their testimony, by the appellants and by the psychologist who

tion positive et profitable avec les enfants, mais le père ne saurait être déchu d'une partie de son autorité parentale sans qu'on puisse démontrer qu'il est indigne d'avoir la garde de ses enfants ou qu'il soit incapable de s'acquitter convenablement de ses obligations.

La preuve me semble avoir clairement démontré que, vu les circonstances actuelles, il est impossible pour les deux adolescents de retourner vivre chez leur père. Malgré l'intervention de spécialistes, ils ont été incapables de s'adapter durant sept mois à la vie familiale avec leur père. Leurs nombreuses fugues et leur volonté manifeste de retourner chez les appellants témoignent de l'écart considérable qui sépare ces enfants de leur père. Le juge de première instance conclut d'ailleurs que le meilleur moyen pour le père de perdre ses enfants serait de lui en remettre la garde. Je suis d'avis que la preuve supporte amplement la conclusion du juge Meyer selon laquelle la présomption en faveur du titulaire de l'autorité parentale a été renversée en l'espèce. Il est également prouvé que les appellants sont en mesure d'exercer convenablement la garde des deux enfants. Je suis d'accord avec les conclusions du juge L'Heureux-Dubé eu égard à l'intérêt des enfants en cette cause (à la p. 29):

Les enfants ont maintenant 15 et 16 ans. Ils refusent de vivre avec leur père. Ils se sont pliés aux divers jugements dont leur garde a fait l'objet, mais n'ont pas réussi à y souscrire. Cette situation est pénible pour toutes les parties concernées, et si on doit ressentir beaucoup de sympathie pour l'appelant qui, certes, aime ses enfants et recherche leur bien, on ne peut que déplorer qu'il n'ait pas su, à travers les tragédies qu'il a lui-même traversées, établir avec ses enfants les liens affectifs qui se développent normalement entre parents et enfants. Malheureusement pour tous, il s'est développé un état de faits que les cours de justice sont impuissantes à renverser, particulièrement à l'âge qu'ont aujourd'hui les enfants. C'est la constatation du premier juge. Elle s'appuie sur la preuve et elle n'est aucunement déraisonnable, bien au contraire.

L'intimé prétend cependant que les enfants ont été victimes d'une manipulation qui les aurait empêchés de parvenir à une décision libre et éclairée et la majorité de la Cour d'appel a retenu cette prétention. Cette prétention a été carrément démentie par les enfants eux-mêmes lors de leur témoignage, par les appellants ainsi que par le

interviewed all the parties concerned. It is a question of credibility which is for the trial judge to decide, as he saw and heard the persons concerned. He categorically dismissed the respondent's argument and ruled out any suggestion of brainwashing. Meyer J. rejected the allegation that the appellants encouraged the children to run away or participated in their doing so and he dismissed the motion for contempt of court brought against them; this judgment was unanimously affirmed by the Court of Appeal. The only evidence to indicate that undue influence was brought to bear on the children is an undated letter written by a former friend of the mother. Pernicious as the advice it contains may be, it did not originate with the appellants and cannot in any way be ascribed to them. Moreover, there is no indication that the children followed the recommendations made in it.

I would therefore allow the appeal and award custody of the two children to the appellants. However, counsel for the appellants asked the Court to vary the pronouncement of the trial judgment and award them both "legal" and "physical" custody of the children. This distinction, originating in decisions of the courts, is not recognized by the *Civil Code*, which itself does not distinguish between custody awarded to a third person or to the child's parent (see art. 570 *C.C.Q.*; J. Pineau, *op. cit.*, at p. 175, and H. Kélada, *Précis de droit privé québécois* (1986), at p. 182). The expression "physical custody" is misleading. I have already indicated that someone to whom a court awards the custody of a child clearly enjoys the exercise of part of the parental authority, which indeed surpasses the mere determination of the child's residence. Moreover, the concept of "*garde légale*", probably borrowed from the common law concept of "legal custody", is unknown to the civil law. The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child. Accordingly, a minor whose custody is awarded to a third person acquires the domicile of that person (art. 83 *C.C.L.C.*) As Professor Simler correctly observes:

[TRANSLATION] The crux of the problem is the right to determine where the child lives. It is important to remember that though the concept of custody is not

psychologue qui a procédé à l'entrevue de toutes les parties concernées. Il s'agit là d'une question de crédibilité qui est du ressort du premier juge car il a vu et entendu tous les intéressés. Or il rejette catégoriquement la prétention de l'intimé et il exclut toute hypothèse de lavage de cerveau. Le juge Meyer écarte l'allégation voulant que les appellants aient encouragé les fugues des enfants ou y aient participé et il rejette la requête en outrage au tribunal intentée contre eux; ce jugement est confirmé unanimement par la Cour d'appel. La seule preuve qui pourrait indiquer que les enfants ont subi une influence indue est une lettre non datée écrite par une ancienne amie de la mère. Si pernicieux que soient les conseils qu'elle renferme, elle n'émane pas des appellants et ne peut aucunement leur être attribuée; au surplus, rien n'indique que les enfants aient suivi les recommandations qu'elle comporte.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'accorder la garde des deux enfants aux appellants. Le procureur des appellants nous demande cependant de modifier le dispositif du jugement de première instance afin d'attribuer la garde tant «légale» que «physique» des enfants. Cette distinction d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le *Code civil* qui ne distingue pas selon que la garde est accordée à un tiers ou au parent de l'enfant (voir l'art. 570 *C.c.Q.*; J. Pineau, *op. cit.*, à la p. 175, et H. Kélada, *Précis de droit privé québécois* (1986), à la p. 182). L'expression «garde physique» est trompeuse. J'ai déjà indiqué qu'une personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. D'autre part, le concept de «garde légale», vraisemblablement emprunté de la notion de «*legal custody*» de *common law*, est inconnu en droit civil. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant. C'est ainsi que le mineur dont la garde est confiée à un tiers acquiert le domicile de cette personne (art. 83 *C.c.B.-C.*) Comme le souligne à juste titre le professeur Simler:

[TRANSLATION] Le nœud du problème réside dans le droit de fixer la résidence de l'enfant. Il faut se rappeler que si ce droit ne définit pas à lui seul la notion de garde, c'est lui

defined by this right alone, it is nevertheless this right that gives the person having custody the necessary means of performing his function. *It is therefore inconceivable to speak of custody of a child in the absence of this element.*

(P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708.)

Furthermore, it is superfluous to reserve the rights associated with parental authority when a parent loses the exercise of the right of custody by judgment. As I indicated earlier, in the absence of total or partial deprivation, the parent remains the sole person having parental authority.

In my view, therefore, the Court of Appeal was right to reject the distinction between physical and legal custody. The Court rejected, at the same time, the concept of "joint custody".

The question of joint custody does not arise in the case at bar and I express no opinion either on its validity or its desirability. I simply note that, from the standpoint of terminology, the phrase "joint custody" may not be an exact description of the reality it is supposed to represent: it has been suggested that a better expression would be "joint exercise of parental authority" (see Claire L'Heureux-Dubé, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835, at p. 860).

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, but I would vary the latter so that it reads as follows:

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

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

cependant qui confère au gardien le moyen indispensable pour assurer sa fonction. *Il paraît donc inconcevable de parler de garde de l'enfant en l'absence de cet élément.*

a

(P. Simler. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708.)

b

Il est de plus superflu de réserver les droits d'un parent qui devient privé par jugement de l'exercice du droit de garde. Comme je l'ai indiqué précédemment, ce parent demeure, hormis le cas de déchéance totale ou partielle, l'unique titulaire de l'autorité parentale.

c

d La Cour d'appel a donc raison, à mon avis, de rejeter la distinction entre la garde physique et la garde légale. La Cour d'appel rejette du même coup le concept de «garde conjointe».

e

La question d'une garde conjointe ne se pose pas en l'espèce et je n'exprime d'opinion ni sur sa validité ni sur son opportunité. Je note seulement au plan de la terminologie que l'expression «garde conjointe» ne qualifie peut-être pas correctement la réalité qu'elle est censée représenter; on a suggéré qu'il y aurait lieu de lui préférer l'expression «exercice conjoint de l'autorité parentale» (voir Claire L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, à la p. 860).

f

g J'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure mais en le modifiant toutefois pour qu'il se lise comme suit:

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

j

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

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

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

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

The whole without costs.

Like the trial judge and the majority of the Court of Appeal, I would award no costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Pierre-François Mailhot, Montréal.

Solicitors for the children: Duguay, Salois, Montréal.

Solicitors for the respondent: Colas & Associés, Montréal.

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

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

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

b Le tout sans frais.

À l'instar du juge de première instance et de la majorité de la Cour d'appel, je n'accorderais aucun dépens.

c Pourvoi accueilli.

Procureur des appétants: Pierre-François Mailhot, Montréal.

Procureurs des enfants: Duguay, Salois, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Colas & Associés, Montréal.