

D.P. Appellant

v.

C.S. Respondent

and

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

INDEXED AS: P. (D.) v. S. (C.)

File No.: 22296.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Custody — Access rights — Restrictions — Interest of child — Conflict between parents concerning religious education of their 3½-year-old child — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether child's interest is test applicable to access rights — Whether restrictions on access in best interests of child — Whether criterion of child's best interests constitutional — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Family law dispute — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to court order in family law matter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Court order

D.P. Appellant

c.

^a **C.S. Intimée**

et

^b **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et l'Église adventiste du septième jour au**
^c **Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: P. (D.) c. S. (C.)

^d N° du greffe: 22296.

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

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

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Droit de garde — Droit de visite et de sortie — Restrictions — Intérêt de l'enfant — Conflit entre les parents relativement à l'éducation religieuse de leur enfant âgée de trois ans et demi — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Le critère de l'intérêt de l'enfant est-il le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie? — Les restrictions au droit de visite et de sortie sont-elles dans l'intérêt de l'enfant? — Constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Litige en droit de la famille — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

^j *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — Ordonnance du*

prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether order infringing s. 2(a) or 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Vagueness — Criterion of child's best interests in family law — Whether criterion discretionary and vague within meaning of s. 1 or 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

After three years of cohabitation, the parties ceased living together and agreed in writing that the respondent would have legal custody of their child and that the appellant would exercise access rights. This agreement was ratified by judgment of the Superior Court. Relations between the parties deteriorated when the appellant began practising the Jehovah's Witness religion. The respondent, a Roman Catholic, objected to the fact that, on such visits, the appellant would indoctrinate the child, who was 3½ years old at the time, and that he was not respecting the terms of the agreement. The appellant made a motion to the Superior Court to set aside the agreement and asked for the child's custody or, alternatively, greater access rights. The court dismissed the motion and allowed the respondent's contestation. The judge indicated that the applicable criterion was that of the child's best interest. He expressed the view that although the parents have complete freedom of religion, the courts may intervene when the religious practices of parents are harmful to the child's best interests. He noted that when parents follow different religious practices, religious education is, in principle, the responsibility of the parent having legal custody. The judge pointed out that, on the evidence, the main problem for the child resulted from the appellant's religious fanaticism and that such fanaticism disturbed the child. He concluded that her best interests required that such excesses should cease and made the exercise of the appellant's access rights subject to the following restrictions: the appellant may teach the child the Jehovah's Witness religion but does not have the right to indoctrinate her continually with the precepts and religious practices of Jehovah's Witnesses, and he may not take the child to Jehovah's Witness demonstrations, ceremonies or conferences or to do door-to-door preaching until the child is capable of deciding which religion she wishes to adopt. The majority of the Court of Appeal upheld this judgment.

tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Cette ordonnance porte-t-elle atteinte à l'art. 2a) ou 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Imprécision — Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille — Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier ou de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

Après trois ans de cohabitation, les parties cessent de faire vie commune et conviennent par écrit que l'intimée aura la garde légale de leur enfant et que l'appelant exercera des droits de visite et de sortie. Cette convention est entérinée par un jugement de la Cour supérieure. Les relations entre les parties se détériorent lorsque l'appelant commence à pratiquer la religion des Témoins de Jéhovah. L'intimée, de religion catholique, lui reproche d'endoctriner l'enfant, alors âgée de trois ans et demi, lors de ces visites et de ne pas respecter les modalités de l'entente. L'appelant présente une requête en Cour supérieure et demande l'annulation de l'entente et la garde de l'enfant ou, subsidiairement, des droits de visite et de sortie plus étendus. La cour rejette la requête et accueille la contestation de l'intimée. Le juge rappelle que le critère applicable est celui du meilleur intérêt de l'enfant. Il souligne que les parents jouissent d'une entière liberté de religion, mais que les tribunaux peuvent intervenir lorsque leurs pratiques religieuses sont nuisibles au meilleur intérêt de l'enfant. Lorsque les parents adhèrent à des pratiques religieuses différentes, le juge note qu'en principe l'enseignement religieux relève généralement du parent qui a la garde légale. Le juge constate que, selon la preuve, le problème principal, quant à l'enfant, résulte du fanatisme religieux de l'appelant et que ce fanatisme perturbe l'enfant. Il conclut que son meilleur intérêt exige que ces abus cessent et impose à l'exercice des droits de visite et de sortie de l'appelant les restrictions suivantes: l'appelant peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah, et il ne peut pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou les congrès des Témoins de Jéhovah, ni de faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de choisir la religion qu'elle voudra suivre. La Cour d'appel à la majorité confirme ce jugement.

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

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The sole criterion applicable in matters of custody and access is that of the child's best interests provided for, in this context, in art. 30 *C.C.L.C.* The child should be at the centre of the courts' concerns as it is the child's rights which are at issue, not those of the parents. The criterion of the child's best interests does not simply mean that the child must not suffer harm. Rather it means that the child is entitled to the best possible conditions in order to protect its best interests, taking into account the circumstances of the child and its parents and factors set out in art. 30 or resulting therefrom. Subject to the child's best interests, the right of custody includes generally the right to decide the child's religious education, until he or she is in a position to make his or her own choice. The non-custodial parent continues to be vested with parental authority and he or she may exercise such attributes thereof as are not opposed to the exercise of custody by the custodial parent. It is therefore possible for the non-custodial parent, so long as he respects that limit, to give his child a religious education. Any agreement between the parties respecting access rights may be varied by the court if the child's interest so requires.

The criterion of the child's best interest set out in art. 30 *C.C.L.C.* confers a broad discretion on the courts. This does not mean, however, that it is contrary to the Constitution. The existence of a broad discretion is closely connected here with achieving the legislative objective of promoting the child's best interests. This criterion, which is universally recognized in modern family law, refers to the totality of the considerations relating to a child and is capable of application to the circumstances of each case. It is therefore not vague within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Nor is this criterion vague within the meaning of s. 7 of the *Charter* since it provides a sufficient guide and an adequate basis on which to found a judicial debate.

The order made by the trial judge does not infringe the freedom of religion, expression and association and the right to equality protected by the *Charter*. The *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. Nor does it cover judicial orders made to resolve such disputes since, apart from exceptional circumstances, the judiciary is not covered by s. 32 of the *Charter*. In any case, even if the *Charter* applied, the

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

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le seul critère applicable en matière de garde et de droit de visite et de sortie est celui du meilleur intérêt de l'enfant prévu, dans le présent contexte, à l'art. 30 *C.c.B.-C.* L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique pas simplement que l'enfant ne doit pas subir de préjudice caractérisé. Ce critère signifie plutôt que l'enfant a droit aux meilleures conditions possibles en vue de son meilleur intérêt, compte tenu des circonstances dans lesquelles cet enfant et ses parents se trouvent, et des facteurs énumérés à l'art. 30 ou qui en découlent. Sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant, le droit de garde comprend généralement le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de choisir lui-même. Le parent qui n'a pas la garde de l'enfant demeure investi de l'autorité parentale et il peut en exercer les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le parent gardien. Il est donc possible pour le parent non gardien, en autant qu'il respecte cette limite, de donner à son enfant une éducation de caractère religieux. Toute entente entre les parents relative au droit de visite et de sortie peut être modifiée par le tribunal si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.-C.* confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la Constitution. La présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère, qui est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas. Il n'est donc pas imprécis au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce critère n'est pas non plus imprécis au sens de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire.

L'ordonnance du premier juge ne viole pas les libertés de religion, d'expression et d'association et le droit à l'égalité protégés par la *Charte*. La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. Elle ne s'applique pas non plus aux ordonnances judiciaires rendues afin de résoudre ces litiges puisque, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le pouvoir judiciaire n'est pas visé par l'art. 32 de

order made by the trial judge does not infringe the provisions of the *Charter* invoked by the appellant, in particular the freedoms of religion and of expression. These freedoms, like any freedom, are not absolute and a court may impose limits on them when the best interests of the child so require.

There is no reason to interfere in this case. The trial judge made no error of principle or error in assessing the evidence and his order should be affirmed.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The fundamental issue to be determined in cases involving custody or access is what the disposition of the case would be in the best interests of the child. Neither differences of opinion of parents regarding religious questions nor the frank discussion of their differing religious perceptions with the children will be automatically harmful. In fact it may often be beneficial. Here, the trial judge interpreted the evidence as demonstrating that the child was disturbed by the father's repeated references to his religious beliefs and imposed limitations on the father's access. The trial judge is in the best position to make the necessary findings on the issues of credibility and to assess evidence pertaining to the best interests of the child. He was aware of and applied the test of the best interests of the child and to that end imposed the two conditions upon visitation. These conditions are not so unreasonable as to require amendment.

Per McLachlin J. (dissenting): Articles 653 and 654 C.C.Q. and art. 30 C.C.L.C. affirm the "best interests of the child" standard. The same standard is found in ss. 16(8), 16(10) and 17(5) of the *Divorce Act*. These sections, and the standard, were considered in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, and the analysis of the constitutionality of the standard under that Act applies equally to the Civil Code articles impugned in this appeal. The standard and these articles are constitutional and infringe no *Charter* rights.

The risk of harm to the child is an important factor in determining the best interests of the child where the issue is whether a parent can share his religious beliefs with his child. The trial judge erred, however, in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the conflict between her parents' religious beliefs

la *Charte*. De toute manière, même si la *Charte* s'appliquait, l'ordonnance rendue par le premier juge ne viole pas les dispositions de la *Charte* invoquées par l'appellant, en particulier les libertés de religion et d'expression. Ces libertés, comme toute liberté, ne sont pas absolues et un tribunal peut leur imposer des limites lorsque le meilleur intérêt de l'enfant l'exige.

En l'espèce, il n'y a pas lieu d'intervenir. Le premier juge n'a pas commis d'erreur de principe ni d'erreur dans l'appréciation de la preuve et son ordonnance doit être confirmée.

Les juges Cory et Iacobucci: La question fondamentale dans les affaires de garde ou de droit de visite et de sortie est de savoir quelle solution sera dans l'intérêt de l'enfant. Ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants de leurs perceptions religieuses différentes ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses. En l'espèce, selon le juge de première instance, la preuve démontrait que l'enfant était perturbée par les références répétées de son père à ses croyances religieuses, et il a imposé des restrictions au droit de visite et de sortie du père. Le juge de première instance est le mieux placé pour rendre les décisions qui s'imposent sur les questions de crédibilité et pour évaluer la preuve relative à l'intérêt de l'enfant. Il était au courant du critère de l'intérêt de l'enfant, l'a appliqué et, à cette fin, a imposé les deux conditions aux visites. Ces conditions ne sont pas déraisonnables au point de nécessiter des modifications.

Le juge McLachlin (dissidente): Les articles 653 et 654 C.C.Q. et l'art. 30 C.C.B.-C. reconnaissent le critère de «l'intérêt de l'enfant». On trouve le même critère dans les par. 16(8), 16(10) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*. Ces paragraphes, et le critère, sont examinés dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, et l'analyse de la constitutionnalité du critère visé dans cette loi s'applique également aux articles des Codes civils qui sont contestés en l'espèce. Le critère et ces articles sont constitutionnels et ne portent atteinte à aucun droit inscrit dans la *Charte*.

Le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir si un parent peut partager ses croyances religieuses avec son enfant. Le juge de première instance a commis une erreur, toutefois, lorsqu'il a déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des questions religieuses et qu'il en a conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que

was creating any problems for the child or that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching. In the absence of evidence capable of outweighing the benefit of full and free access, the trial judge should not have interfered with the access parent's activities.

Per Sopinka J. (dissenting): Subject to the comments in *Young*, the reasons of McLachlin J. were agreed with.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; **distinguished:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; **referred to:** *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin*, J.E. 93-234; *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279; *Bleau v. Petit* (1902), 6 Que. P.R. 353; *Moquin v. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232; *Nault v. Nault* (1911), 13 Que. P.R. 221; *Woollven v. Aird* (1912), 14 Que. P.R. 165; *Smith v. Copping* (1922), 34 Que. K.B. 412; *Bigman v. Belzberg*, [1952] Que. Q.B. 391; *Taillon v. Donaldson*, [1953] 2 S.C.R. 257; *Benisty v. Delouya*, [1969] Que. Q.B. 720; *Blanchette v. Collin*, [1972] C.A. 352; *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530; *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82, leave to appeal refused, [1978] 1 S.C.R. ix; *Favreau v. Éthier*, [1976] C.S. 48; *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584; *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159; *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Keller v. Kredl*, [1956] Que. Q.B. 810; *Wilson v. Thompson*, [1959] Que. Q.B. 522; *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; *Boily v. Vallée*, [1966] Que. Q.B. 1001; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceu-*

le conflit entre les parents au sujet de leurs croyances religieuses créait des problèmes à l'enfant ou que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant. En l'absence de preuve pouvant compenser l'avantage d'un droit de visite et de sortie libre et entier, le juge du procès n'aurait pas dû se mêler des activités du parent ayant un droit de visite et de sortie.

Le juge Sopinka (dissident): Sous réserve des commentaires dans l'arrêt *Young*, les motifs du juge McLachlin sont acceptés.

Jurisprudence

c Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; **distinction d'avec l'arrêt:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; **arrêts mentionnés:** *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Commission scolaire Pierre-Neveu c. Poulin*, J.E. 93-234; *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279; *Bleau c. Petit* (1902), 6 R.P. 353; *Moquin c. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232; *Nault c. Nault* (1911), 13 R.P. 221; *Woollven c. Aird* (1912), 14 R.P. 165; *Smith c. Copping* (1922), 34 B.R. 412; *Bigman c. Belzberg*, [1952] B.R. 391; *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; *Benisty c. Delouya*, [1969] B.R. 720; *Blanchette c. Collin*, [1972] C.A. 352; *Perreault c. Demers*, [1974] C.S. 530; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82, autorisation de pourvoi refusée, [1978] 1 R.C.S. ix; *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48; *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584; *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159; *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166; *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Keller c. Kredl*, [1956] B.R. 810; *Wilson c. Thompson*, [1959] B.R. 522; *M. c. D.*, [1966] C.S. 224; *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia*

tical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Valade v. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207; *Bronfman v. Moore*, [1965] Que. Q.B. 181, aff'd [1964] S.C.R. v; *Harris v. Webster*, [1975] C.A. 702; *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497; *Droit de la famille — 368*, C.A.P. 87C-147; *Droit de la famille — 1472*, J.E. 91-1639; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288.

Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Valade c. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207; *Bronfman c. Moore*, [1965] B.R. 181, conf. par [1964] R.C.S. v; *Harris c. Webster*, [1975] C.A. 702; *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497; *Droit de la famille — 368*, C.A.P. 87C-147; *Droit de la famille — 1472*, J.E. 91-1639; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288.

By Cory and Iacobucci JJ.

Applied: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

d Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêt appliqué: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

By McLachlin J. (dissenting)

Young v. Young, [1993] 4 S.C.R. 3.

e Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3.

By Sopinka J. (dissenting)

Young v. Young, [1993] 4 S.C.R. 3.

f Citée par le juge Sopinka (dissident)

Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 15(1), 32.
Civil Code of Lower Canada, arts. 30 [ad. 1980, c. 39, s. 3], 165 [rep. *idem*, s. 14], 200 [repl. 1969, c. 74, s. 9; am. 1969, c. 77, s. 6; rep. 1980, c. 39, s. 14], 212 [repl. 1969, c. 74, s. 14; rep. 1980, c. 39, s. 14], 214 [rep. 1969, c. 74, s. 14], 215 [rep. 1980, c. 39, s. 14], 243 [repl. 1977, c. 72, s. 5; rep. 1980, c. 39, s. 14], 244 [repl. 1977, c. 72, s. 5; rep. 1980, c. 39, s. 14].
Civil Code of Quebec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 443, 568, 569, 570, 647, 648, 653, 654.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5).

g Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), d), 7, 15(1), 32.
Code civil du Bas-Canada, art. 30 [aj. 1980, ch. 39, art. 3], 165 [abr. *idem*, art. 14], 200 [rempl. 1969, ch. 74, art. 9; mod. 1969, ch. 77, art. 6; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 212 [rempl. 1969, ch. 74, art. 14; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 214 [abr. 1969, ch. 74, art. 14], 215 [abr. 1980, ch. 39, art. 14], 243 [rempl. 1977, ch. 72, art. 5; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 244 [rempl. 1977, ch. 72, art. 5; abr. 1980, ch. 39, art. 14].
Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 443, 568, 569, 570, 647, 648, 653, 654.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), (10), 17(5).

Authors Cited

- Blondin, Marie-Josée, et autres. "Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants" (1986), 46 *R. du B.* 105. ^a
- Boisclair, Claude. *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* Sherbrooke: Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1978.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3^e éd. Paris: Montchrestien, 1993. ^b
- D.-Castelli, Mireille. *Précis du droit de la famille*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1990.
- Deleury, Édith, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité" (1974), 15 *C. de D.* 779. ^c
- Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835. ^d
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905.
- Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976. ^e
- Mayrand, Albert. "Conventions de séparation entre époux" (1970), 73 *R. du N.* 411.
- Mayrand, Albert. "Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés" (1960), 20 *R. du B.* 1. ^f
- Mayrand, Albert. "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois". Dans *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965, 621.
- Mayrand, Albert. "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant" (1982), 85 *R. du N.* 28. ^g
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel". Dans *Droit et enfant*. Cowansville: Yvon Blais, 1990, 19. ^h
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896. ⁱ
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1991.
- Pineau, Jean. *La famille*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. "La protection de l'enfant dans le droit de la famille" (1978), 9 *R.D.U.S.* 76. ^j

Doctrine citée

- Blondin, Marie-Josée, et autres. "Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants" (1986), 46 *R. du B.* 105.
- Boisclair, Claude. *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* Sherbrooke: Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1978.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3^e éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- D.-Castelli, Mireille. *Précis du droit de la famille*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1990.
- Deleury, Édith, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité" (1974), 15 *C. de D.* 779.
- Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835. ^d
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905.
- Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976. ^e
- Mayrand, Albert. "Conventions de séparation entre époux" (1970), 73 *R. du N.* 411.
- Mayrand, Albert. "Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés" (1960), 20 *R. du B.* 1. ^f
- Mayrand, Albert. "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois". Dans *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965, 621.
- Mayrand, Albert. "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant" (1982), 85 *R. du N.* 28. ^g
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel". Dans *Droit et enfant*. Cowansville: Yvon Blais, 1990, 19. ^h
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896. ⁱ
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1991.
- Pineau, Jean. *La famille*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. "La protection de l'enfant dans le droit de la famille" (1978), 9 *R.D.U.S.* 76. ^j

Traité de droit civil du Québec, t. 1 et 2 par Gérard Trudel. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille — 1150*), affirming a judgment of the Superior Court, [1988] R.D.F. 40. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

W. Glen How, Q.C., and *Daniel G. Pole*, for the appellant.

Isabelle Michaud, for the respondent.

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

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

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

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

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

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises questions similar to those at issue in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, heard at the same time and in which judgment is rendered concurrently. It will therefore be referred to herein as if set out at length. More precisely, the issue in the present appeal concerns the test applicable to the right to access to a minor child by a non-custodial parent. Article 30 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") is at the heart of this case:

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

Traité de droit civil du Québec, t. 1 et 2 par Gérard Trudel. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille — 1150*), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1988] R.D.F. 40. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

W. Glen How, c.r., et *Daniel G. Pole*, pour l'appelant.

Isabelle Michaud, pour l'intimée.

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

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

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

Argumentation écrite seulement de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Gerald D. Chipeur et Karnik Doukmetzian, pour l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève des questions similaires à celles qui font l'objet de l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, entendu en même temps et dans lequel jugement est aussi rendu ce jour. Il y sera donc référé comme si ici au long récit. Plus précisément, il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde. L'article 30 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.») est au cœur du débat:

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

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.

I — Facts

The parties lived together between 1981 and 1984, and their daughter, C., was born on July 12, 1984. They ceased living together in August 1984, and, on October 16, 1984, they agreed that the respondent would have legal custody of the child, then a few months old, and that the appellant would exercise his right to access on 24 hours' notice, as set out in the following written agreement:

[TRANSLATION]

Agreement

The parties agree as follows regarding custody and access rights:

- (1) the applicant [the respondent] will have legal custody of the child [C.];
- (2) access rights will be exercised as follows:
 - (a) one evening per week, from 5 p.m. to 11 p.m., Tuesday or Wednesday evening, with 24 hours' notice;
 - (b) one day per weekend, from 9 a.m. to 11 p.m., Saturday or Sunday, with 24 hours' notice;
- (3) without costs.

Signed at Hull on October 16, 1984

This agreement was ratified by judgment of the Superior Court, district of Hull, dated October 16, 1984.

Relations between the parties seem to have subsequently deteriorated, mainly because of problems involving the exercise by the appellant of his right to visit C. In particular, the respondent objected to the fact that, on access visits, the appellant would indoctrinate their daughter, who was 3½ years old at the time, with fanatical zeal in his religious faith and impose his religion and religious practices on her, which, the respondent maintained, was against the child's best interests.

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.

I — Les faits

Les parties ont fait vie commune entre 1981 et 1984, et de cette union est née une fille, C., le 12 juillet 1984. Elles ont cessé de faire vie commune en août 1984 et, en date du 16 octobre 1984, ont convenu par écrit que l'intimée aurait la garde légale de l'enfant, alors âgée de quelques mois, et que l'appelant exercerait des droits de visite et de sortie sur préavis de 24 heures, comme le précise l'entente ci-dessous:

Entente

Les Parties s'entendent comme suit sur la garde et les droits de visite:

- 1) La requérante [l'intimée] aura la garde légale de l'enfant [C.];
- 2) Les droits de visite s'exerceront comme suit:
 - a) un soir par semaine, de 17 heures à 23 heures, soit le mardi ou le mercredi soir, avec préavis de 24 heures;
 - b) une journée par fin de semaine, de 9 heures à 23 heures, soit le samedi, ou le dimanche, avec préavis de 24 heures;
- 3) Sans frais.

Signé à Hull, le 16 Oct. 1984

Cette convention fut entérinée par jugement de la Cour supérieure, district de Hull, le 16 octobre 1984.

Par la suite, les relations entre les parties semblent s'être détériorées, principalement à cause de problèmes reliés à l'exercice par l'appelant de ses droits de visite de C. En particulier, l'intimée s'est objectée à ce que l'appelant, lors de ces visites, endoctrine leur fille, alors âgée de trois ans et demi, de façon excessive dans sa foi religieuse et lui impose sa religion et ses pratiques religieuses, ce qui, selon l'intimée, allait à l'encontre du meilleur intérêt de l'enfant.

On November 19, 1987, the appellant made a motion to the Superior Court, district of Hull, to set aside the agreement of October 16, 1984. He asked for the child's custody or, alternatively, to be given greater access rights, concluding as follows:

[TRANSLATION]

VACATE the agreement of October 16, 1984;

AWARD the applicant [the appellant] custody of the child;

DETERMINE the respondent's access rights;

ORDER the respondent to pay to the applicant [the appellant] maintenance in the amount of \$150 per month, in advance, at his residence, on the first of each month;

OR ALTERNATIVELY:

THE FOLLOWING ACCESS RIGHTS:

Twice a week, on Wednesday from 7 a.m. to 7 p.m. and on Saturday from 9 a.m. to 8 p.m.;

One month in the summer, with one week's notice;

One day at New Year's or Christmas, at the option of the applicant [the appellant], with one week's notice;

Easter Sunday, with one week's notice;

ORDER the respondent to provide the applicant [the appellant] with the child's proper clothing to take her out;

ORDER the respondent not to take the child out of the province of Quebec without the consent of the applicant [the appellant];

On December 4, 1987, the respondent contested the appellant's application and, in her pleading entitled [TRANSLATION] "Objection to the motion for child custody", sought changes to the parties' agreement, as appears from the conclusion of her contestation:

[TRANSLATION]

VARY the judgment dated October 16, 1984, to provide for the following access rights:

(a) one day per week, on Saturday or Sunday, from 1 p.m. to 5 p.m., with forty-eight (48) hours' notice;

Le 19 novembre 1987, l'appellant présentait une requête à la Cour supérieure, district de Hull, en annulation de l'entente du 16 octobre 1984. Il concluait à ce que l'enfant lui soit confiée ou, subsidiairement, à ce que des droits de visite et de sortie plus étendus lui soient accordés, en ces termes:

DÉCLARER nulle la convention du 16 octobre 1984;

CONFIER au requérant [l'appellant] la garde de l'enfant;

DÉTERMINER les droits de visite de l'intimée;

ORDONNER à l'intimée de payer une pension alimentaire de 150.00 \$ par mois payable à l'avance au requérant [l'appellant] à son domicile le 1er de chaque mois;

OU ALTERNATIVEMENT:

DES DROITS DE VISITE ET DE SORTIE SUIVANTS:

Deux fois par semaine, soit le mercredi de 7 h 00 à 19 h 00 et le samedi de 9 h 00 à 20 h 00;

Un mois l'été avec préavis d'une semaine;

Une journée au nouvel an ou à Noël, au choix du requérant [l'appellant] avec préavis d'une semaine;

Le dimanche de la fête de Pâques avec préavis d'une semaine;

ORDONNER à l'intimée de remettre au requérant [l'appellant] les vêtements nécessaires pour sortir convenablement l'enfant;

ORDONNER à l'intimée de ne pas sortir l'enfant hors de la province de Québec sans le consentement du requérant [l'appellant];

Le 4 décembre 1987, l'intimée contestait la requête de l'appellant et, dans sa procédure intitulée «Contestation de la requête pour garde d'enfant», recherchait des modifications à la convention des parties, tel qu'il appert des conclusions de sa requête:

MODIFIER le jugement en date du 16 octobre 1984, afin que les droits de visite soient les suivants:

a) Un (1) jour par semaine, soit le samedi ou dimanche, de 13 h 00 à 17 h 00 avec préavis de quarante huit (48) heures;

(b) should the applicant's [the appellant's] visiting day be Christmas Day, New Year's Day, Easter, the child's birthday or Halloween, the applicant shall exercise his visiting rights on either the Saturday or the Sunday which will not be the
a
aforementioned day;

ORDER the applicant [the appellant] not to indoctrinate the child [C.] in the Jehovah's Witness religion and ORDER him not to involve the child in the religious activities of Jehovah's Witnesses;

On January 25, 1988, the Superior Court dismissed with costs the appellant's motion and allowed the respondent's contestation. That judgment was affirmed on appeal by judgment dated November 27, 1990. It is this judgment which is the subject of the present appeal.

II — Judgments

Superior Court, [1988] R.D.F. 40 (Frenette J.)

Considering the appellant's motion for custody of the child, which he immediately disposed of, the trial judge found nothing in the evidence to justify modifying custody in favour of the appellant. According to that evidence, the respondent had always taken good care of the child, was responsible and provided adequately for her needs and development.

The judge, then, considered the advisability of modifying the access rights previously agreed to between the parties. After indicating that the applicable criterion should be that of the child's best interests, the judge expressed the view that, although the parents have complete freedom of religion, the courts may intervene when the religious practices of parents are harmful to the child's best interests. The judge noted that when parents follow different religious practices, religious education is, in principle, the responsibility of the parent having legal custody or parental authority, but that this is not an absolute rule, as he observed at p. 42:

b) Si le jour de visite du requérant [l'appellant] est le jour de Noël, de l'An, de Pâques, de la fête de l'enfant, ou de l'Halloween, le requérant aura son droit de visite soit le samedi ou le dimanche qui ne sera pas le jour ci-haut mentionné;

ORDONNER au requérant [l'appellant] de ne pas endoctriner l'enfant [C.] selon la religion des Témoins de Jéhovah et lui ORDONNER de ne pas faire participer l'enfant aux activités religieuses des Témoins de Jéhovah;

Le 25 janvier 1988, la Cour supérieure rejetait avec dépens la requête de l'appellant et accueillait la contestation de l'intimée. Cette décision fut confirmée en appel par jugement en date du 27 novembre 1990. C'est ce dernier jugement qui fait l'objet du présent pourvoi.

II — Les jugements

Cour supérieure, [1988] R.D.F. 40 (le juge Frenette)

Saisi de la requête de l'appellant pour garde de l'enfant, dont il dispose d'abord, le juge de première instance ne trouve rien dans la preuve de nature à justifier un changement de garde en faveur de l'appellant. Selon cette preuve, l'intimée a toujours pris bon soin de l'enfant, est responsable et pourvoit de façon satisfaisante à ses besoins et à son développement.

Le juge examine ensuite l'opportunité de modifier ou non le droit de visite et de sortie convenu entre les parties. En premier lieu, après avoir identifié le critère applicable comme étant celui du meilleur intérêt de l'enfant, le juge est d'opinion que, bien que les parents jouissent d'une entière liberté de religion, les tribunaux peuvent intervenir lorsque les pratiques religieuses de ceux-ci sont nuisibles au meilleur intérêt de l'enfant. Lorsque les parents adhèrent à des pratiques religieuses différentes, le juge note qu'en principe l'enseignement religieux relève du parent qui exerce la garde légale ou l'autorité parentale, mais qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu, comme il en fait la remarque à la p. 42:

[TRANSLATION] Without favouring one religion over another, a court may, in the child's best interests, place certain restrictions on the exercise and terms of access to the child, especially when the child is very young.

Sans privilégier une religion par rapport à l'autre, un tribunal peut, dans le meilleur intérêt de l'enfant, assortir l'exercice et les modalités de droits d'accès d'enfant à certaines restrictions, surtout lorsque l'enfant est en très bas âge.

Applying these principles to the facts, Frenette J. noted that, on the evidence, the [TRANSLATION] "main problem for the child results from the applicant's religious fanaticism" (p. 41) and that such religious fanaticism was disturbing to such a young girl. He concluded that her best interests required that such excesses should cease. Accordingly, he made the exercise of the appellant's right to access subject to the following conditions (at p. 43):

Appliquant ces principes aux faits, le juge Frenette constate que, selon la preuve, le «problème principal, quant à l'enfant, résulte du fanatisme religieux du requérant» (p. 41) et que ce fanatisme religieux perturbe cette fillette aussi jeune. Il conclut que son meilleur intérêt exige que cessent ces excès. Il assujettit, par conséquent, l'exercice des droits de visite et de sortie de l'appelant aux conditions suivantes (à la p. 43):

[TRANSLATION] (1) The applicant [the appellant] may teach the child the Jehovah's Witness religion but does not have the right to indoctrinate her continually with the precepts and religious practices of Jehovah's Witnesses;

1) Le requérant [l'appelant] peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah;

(2) He is ordered not to take the child to Jehovah's Witness demonstrations, ceremonies or conferences or to do door-to-door preaching until the Court determines that the child is capable of deciding which religion she wishes to adopt;

2) Il lui est ordonné de ne pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou des congrès des Témoins de Jéhovah, ou de faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que la Cour détermine que l'enfant soit en état de choisir la religion qu'elle voudra suivre;

Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 306 (Vallerand and Tourigny J.J.A., Proulx J.A. dissenting in part)

Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 306 (les juges Vallerand, Tourigny et Proulx (dissentent en partie))

A majority of the Court of Appeal, *per Vallerand J.A.*, refused to intervene. Vallerand J.A. rejected the proposition put forward by the appellant that, though the child's interests should be the primary concern, the child must suffer "real harm" for the appellant's right to access to be restricted. Citing *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621, the judge noted that the essential question was that of the child's best interests. Although, in his opinion, the trial judge's reasoning may have lacked rigour, Vallerand J.A. concluded that [TRANSLATION] "the evidence easily supports the conclusion" (p. 308).

Sous la plume du juge Vallerand, la majorité de la Cour d'appel refuse d'intervenir. Le juge Vallerand rejette la proposition mise de l'avant par l'appelant à l'effet que, même si l'intérêt de l'enfant doit être la préoccupation première, l'enfant doit subir un «préjudice caractérisé» pour que les droits de visite et de sortie de l'appelant soient restreints. Citant l'arrêt *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621, le juge pose la question essentielle comme étant celle du meilleur intérêt de l'enfant. Même s'il est d'avis que le cheminement du premier juge manque quelquefois de rigueur, le juge Vallerand conclut que «les preuves soutiennent facilement les conclusions» (p. 308).

Observing, however, that the order made by the trial judge not to continually indoctrinate the child was of a general character, Vallerand J.A. empha-

Constatant, cependant, que l'ordonnance rendue par le premier juge de ne pas endoctriner continuellement l'enfant est générale, le juge Vallerand

sized the rule that every order must be worded so that [TRANSLATION] "the person to whom it is applicable will know clearly what he or she has to do" (p. 309). As the primary purpose of this rule of "necessary precision" is to prevent a conviction for contempt of court in the event of disobedience, the judge saw no need to intervene, since, in his opinion, family law does not lend itself to contempt procedures, and is better enforced by strict limitations on rights to access. The appeal was accordingly dismissed and Frenette J.'s order upheld.

Proulx J.A., dissenting in part, noted at the outset that the real question the trial judge had to address was the child's interests, and not the appellant's freedom of religion. While pointing out that the trial judge had not mentioned the respondent's equally uncompromising attitude toward the appellant's religious beliefs, Proulx J.A. concurred in Vallerand J.A.'s opinion regarding the first part of the disputed order. However, he would have completely expunged the second part of the order on the ground that the child's participation in the appellant's religious ceremonies, conferences and demonstrations, could not be harmful if the appellant complied with the first part of the order. Proulx J.A. added that, in his view, the evidence did not show that the child accompanied the appellant when the latter was going from door-to-door. Proulx J.A. would have allowed the appeal only to the extent of striking out the second part of the disputed order.

III — Arguments

The first argument raised before us by the appellant is that the trial judge's order restricting his right to access was made without any evidence of real harm suffered by C. In his view, the evidence offered no basis for the restrictions imposed when one takes into account all the factors listed in art. 30 C.C.L.C. (age, religion, character and family surroundings), which, although the Court of Appeal recognized, substituted with personal philosophy and values. The appellant, thus, underlined the danger of adopting a criterion as discretionary as the child's best interests. He further contended that the restrictions imposed on his right

souligne le principe que toute ordonnance doit être libellée pour que «celui qui en est l'objet sache bien et clairement ce qu'il doit faire» (p. 309). Comme ce principe de la «nécessaire précision» vise surtout à prévenir une condamnation pour outrage au tribunal en cas de désobéissance, le juge ne voit pas la nécessité d'intervenir, étant d'avis que le droit de la famille ne se prête guère au mode d'exécution par outrage, mais plutôt à des restrictions sévères en matière de droit de visite et de sortie. L'appel est donc rejeté et l'ordonnance du juge Frenette confirmée.

Le juge Proulx, dissident en partie, énonce, dès le départ, que la véritable question à laquelle le premier juge devait répondre est celle de l'intérêt de l'enfant, et non pas celle de la liberté de religion de l'appellant. Tout en soulignant que le juge de première instance n'a pas fait état de l'attitude tout aussi intransigeante de l'intimée face à l'option religieuse de l'appellant, le juge Proulx se rallie à l'opinion du juge Vallerand quant au premier volet de l'ordonnance contestée. Il est cependant d'avis de rayer complètement le second volet de l'ordonnance, au motif que la participation de l'enfant aux cérémonies, congrès et démonstrations religieuses de l'appellant ne saurait être nocive si l'appellant respecte le premier volet de l'ordonnance. Le juge Proulx ajoute que, selon lui, la preuve ne démontre pas que l'enfant ait accompagné l'appellant lorsque celui-ci effectuait du porte à porte. Le juge Proulx aurait accueilli l'appel aux fins uniquement de rayer le second volet de l'ordonnance contestée.

III — Les arguments

Le premier argument que l'appellant soulève devant nous est à l'effet que le juge de première instance a rendu une ordonnance restreignant ses droits de visite et de sortie en l'absence de toute preuve de préjudice caractérisé causé à C. La preuve présentée, avance-t-il, ne peut supporter les restrictions imposées lorsque l'on prend en considération tous les facteurs énumérés à l'art. 30 C.C.B.-C. (âge, religion, caractère et milieu familial). La Cour d'appel a, selon lui, reconnu l'absence de preuve, mais y a suppléé en invoquant des motifs de philosophie et de valeur personnelles, d'où le danger, selon l'appellant, d'adopter comme

to access amounted to a partial deprivation of parental authority within the meaning of art. 654 of the *Civil Code of Quebec* ("C.C.Q."), and in so doing, gave the custodial parent [TRANSLATION] "complete control" over C., contrary to arts. 443, 568, 570 and 647 C.C.Q.

The appellant's second argument concerns the theory of vagueness. In his submission, the criterion of the child's best interests, as set out in art. 30 C.C.L.C., is discretionary and vague within the meaning of ss. 1 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He relied on the arguments put forward by the respondent James Kam Chen Young in *Young, supra*, adding a series of decisions and studies. Article 30 C.C.L.C. is therefore, in his opinion, unconstitutional.

The appellant next argued that the order infringes his freedom of religion and that of his daughter, that is, his right to propagate his religion and that of his daughter to be exposed to it, as well as his freedom of expression, contrary to s. 2(a) and (b) of the *Charter*. The appellant invited the Court to consider Canada's international obligations regarding freedom of religion, and also cited certain documents to the effect that Jehovah's Witnesses are victims of systemic discrimination in Quebec, contrary to s. 15(1) of the *Charter*, which guarantees the right to equality. In the appellant's submission, these infringements cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Finally, the appellant suggests a series of criteria which the Court should adopt as guidelines in matters of custody and access.

The respondent, for her part, maintained from the outset that the *Charter* has no application in private litigation. She then argued that there is unanimous support for the child's best interests standard, as a criterion relied upon by this Court, Canadian provincial courts of appeal and the international community. Furthermore, this criterion is not unconstitutional on the ground that it is discre-

critère celui, par trop discrétionnaire, du meilleur intérêt de l'enfant. Il soutient également que les restrictions imposées à son droit de visite et de sortie équivalent à une déchéance partielle de l'autorité parentale au sens de l'art. 654 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.»), conférant du même coup au parent gardien «tout le contrôle» sur C., contrairement aux art. 443, 568, 570 et 647 C.c.Q.

Le deuxième argument de l'appelant concerne la théorie de l'imprécision. Selon lui, le critère du meilleur intérêt de l'enfant tel que formulé à l'art. 30 C.c.B.-C. est discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il appuie son argumentation sur les moyens soulevés par l'intimé James Kam Chen Young dans l'arrêt *Young*, précité, y ajoutant une série de décisions et d'études. L'article 30 C.c.B.-C. est donc, à son avis, inconstitutionnel.

L'appelant prétend ensuite que l'ordonnance viole sa liberté de religion et celle de sa fille, soit son droit de diffuser sa religion et celui de sa fille d'y être exposée, ainsi que sa liberté d'expression, contrairement aux al. 2a) et 2b) de la *Charte*. L'appelant invite la Cour à considérer les obligations internationales du Canada en matière de liberté de religion et il cite, également, certains écrits à l'effet que les Témoins de Jéhovah sont victimes de discrimination systémique au Québec, contrairement au par. 15(1) de la *Charte* qui garantit le droit à l'égalité. Ces violations ne sauraient, selon l'appelant, se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'appelant suggère, enfin, une série de critères que devrait adopter la Cour afin d'établir des lignes directrices en matière de garde et de droit de visite et de sortie.

Pour sa part, l'intimée soutient, dès le départ, que la *Charte* n'a pas d'application dans les litiges privés. Elle affirme, ensuite, que le critère du meilleur intérêt de l'enfant fait l'unanimité, étant celui retenu par notre Cour, les cours d'appel des provinces canadiennes, et la communauté internationale. De plus, ce critère n'est pas inconstitutionnel parce que discrétionnaire et imprécis, sinon une

tionary and vague, otherwise a large part of the Civil Code would be unconstitutional as well. Additionally, according to the respondent, the test of real harm suggested by the appellant is not the applicable one and, in any case, is just as vague as the criterion of the child's best interests.

In the respondent's view, the appellant has not in any way been deprived of his parental authority, either wholly or partially. His rights to access have simply been restricted.

Assuming that the *Charter* applies, which she denies, the respondent argued that the appellant's right to equality has never been infringed. It is solely the appellant's case that is before the Court, and not that of all Jehovah's Witnesses in Quebec. Moreover, the order does not infringe the appellant's freedom of religion as he can still teach his religion to his daughter, provided he does not indoctrinate her. Indoctrination is not protected by freedom of religion. Further, the appellant cannot rely on his child's freedom of religion as this would be to plead in another's name. The respondent concluded that, in any case, any possible infringement of the appellant's rights would be justified under s. 1 of the *Charter*.

The respondent added, finally, that the trial judge's findings of fact, on which the judgment rested, should not be interfered with by a court of appeal.

IV — Issue

It should be said at the outset that the parties never entered into a marriage, and, as a result, this matter is not governed by the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), but by the Civil Code of Quebec. That being so, and given the arguments of the parties, this Court's main task is to determine the criterion applicable under the Civil Code of Quebec to the right to access by a non-custodial parent to his or her minor child. My colleague Madame Justice McLachlin is of the view that "where all of the judges below erred . . . is in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required

bonne partie du Code civil le serait également. Par ailleurs, selon l'intimée, le critère du préjudice caractérisé proposé par l'appellant n'est pas le test applicable et, à tout événement, est aussi imprécis que peut l'être celui du meilleur intérêt de l'enfant.

De l'avis de l'intimée, l'appellant ne s'est vu nullement déchu totalement ou partiellement de son autorité parentale. Seules des restrictions ont été imposées à ses droits de visite et de sortie.

Dans la mesure où la *Charte* s'applique, ce qu'elle nie, l'intimée prétend que le droit à l'égalité de l'appellant n'a jamais été violé. Il s'agit, en effet, d'examiner son cas, et non pas celui de tous les Témoins de Jéhovah du Québec. De plus, l'ordonnance ne viole pas la liberté de religion de l'appellant, car ce dernier peut toujours enseigner sa religion à sa fille, à condition de ne pas l'endoctriner, l'endoctrinement n'étant pas protégé par la liberté de religion. L'appellant ne peut invoquer la liberté de religion de son enfant, ce serait là plaider pour autrui. L'intimée conclut que, de toute façon, une éventuelle violation des droits de l'appellant serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'intimée ajoute, finalement, que le jugement de première instance repose sur des déterminations de fait sur lesquelles une cour d'appel ne doit pas intervenir.

IV — Le litige

Dès le départ, il faut souligner que, les parties n'ayant jamais contracté mariage, le débat, par conséquent, ne relève pas de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), mais bien du Code civil du Québec. Dans ce contexte, et à la lumière des prétentions des parties, il s'agit principalement de déterminer le critère applicable en vertu du Code civil du Québec en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde. Ma collègue, madame le juge McLachlin, est d'avis que «tous les juges des juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu'ils ont déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des

in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching" (p. 196). I definitely do not agree. In my opinion, the only criterion applicable to the matter, and the one set out in the Civil Code of Quebec, is the best interests of the child. Having identified the sole criterion, the Court must, then, decide whether or not such criterion is constitutional while considering the appellant's *Charter* arguments.

Before turning to the main issue, the legal context of the rights raised in this appeal must be examined.

V — Analysis

A. Right to Custody and Access

Although what is at issue is the right to access, which is but one of the components of the right to custody, it is worth examining, however briefly, the right to access in the wider context of the right to custody itself. The trial judge, in fact, ruled on custody: the first part of his order confirmed that the respondent should retain custody of C.

1. The Right to Custody

As in *Young*, *supra*, a brief review of the evolution of the concept of custody is appropriate. Unlike in *Young*, however, in Quebec, such evolution took place within the context of the civil law, not the common law.

The law of custody in Quebec has evolved since the coming into force of the Civil Code in 1866, from absolute paternal authority to the best interests of the child. As enacted in 1866, the *Civil Code of Lower Canada* makes no express mention of the right to custody, whether under the heading of marriage, filiation or paternal authority, or even under separation from bed and board, where it would logically have been found. At the time, the right to custody of fathers and mothers seemed to be self-evident and to present little difficulty, especially considering that separation from bed and

questions religieuses et qu'ils en ont conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant» (p. 196). Je ne saurais être d'accord. À mon avis, le critère applicable en la matière, et celui prévu au Code civil du Québec, est le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère déterminé, il s'agit de décider de sa constitutionnalité et de disposer des arguments soulevés par l'appelant au regard de la *Charte*.

Avant d'aborder le cœur du débat, il y a lieu de situer dans leur contexte juridique les droits qui sont ici en jeu.

V — Analyse

A. Le droit de garde, de visite et de sortie

Même si est ici en cause le droit de visite et de sortie, un démembrement du droit de garde, il convient, si brièvement soit-il, de l'examiner dans le contexte plus large du droit de garde lui-même. Le premier juge s'est, d'ailleurs, prononcé sur la garde: la première partie de son ordonnance confirme que l'intimée doit conserver la garde de C.

1. Le droit de garde

Comme dans l'arrêt *Young*, précité, une brève revue de l'évolution de la notion de garde est utile. À la différence de l'arrêt *Young*, un tel développement s'inscrit, au Québec, dans le contexte du droit civil, et non de la common law.

En matière de garde, le droit a évolué au Québec depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1866, allant de la puissance paternelle absolue au meilleur intérêt de l'enfant. Le *Code civil du Bas-Canada*, tel qu'adopté en 1866, ne fait aucune mention expresse du droit de garde, ni au titre du mariage, ni à celui de la filiation ou de la puissance paternelle, ni même au titre de la séparation de corps, là où il serait logique de l'y retrouver. À l'époque, le droit de garde des père et mère semblait aller de soi et susciter très peu de difficultés si on considère surtout que la séparation de corps

board was rare and divorce was almost unknown in Quebec.

In the context of a united family, the father had legal custody of the children and they were bound to live with him (art. 244 *C.C.L.C.*). In the event of separation or divorce, the legal basis of custody rested more on the obligations imposed on parents by the legislature, namely art. 165 *C.C.L.C.*, requiring parents to maintain and bring up their legitimate children. Specifically, the right to the custody of children was based on arts. 200 ("The provisional care of the children remains with the father, whether plaintiff or defendant . . .") and 214 *C.C.L.C.* ("The children are entrusted to the party who has obtained the separation [from bed and board] . . ."). Article 200 *C.C.L.C.* was also consistent with art. 243 *C.C.L.C.*, which stated that, although paternal authority belonged to both spouses, the father alone, to whom the mother was subordinate, exercised such authority during the marriage.

In theory, at the time of the final judgment or subsequently, custody of the children was awarded to the spouse in whose favour the separation was granted, that is, the spouse without fault. This rule was based on the assumption that the spouse who had failed in his or her obligations as a spouse would also fail with regard to his or her duties as a parent. Article 214 *C.C.L.C.*, nevertheless, provided that courts could award custody to the spouse against whom the separation had been obtained, or even to a third party, depending on "the greater advantage of the children". In practice, it was only in unusual circumstances that a parent without fault would be deprived of custody. The Hon. Albert Mayrand, "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant" (1982), 85 *R. du N.* 28, noted the effect of these Civil Code provisions, now repealed, at p. 29:

[TRANSLATION] There was a time when there were two categories of separated or divorced spouses: the innocent and the guilty. The innocent were given custody of the children, as the first prize for good conduct; the guilty were deprived of custody as one of their punishments. This approach was in keeping with the spirit of the times, when marital fault had a greater degree of seriousness than in our own day.

était peu fréquente et le divorce à peu près inconnu au Québec.

Dans le contexte d'une famille unie, le père avait la garde légale des enfants, et ceux-ci devaient obligatoirement habiter chez lui (art. 244 *C.c.B.-C.*). En cas de séparation ou de divorce, le fondement juridique du droit de garde participait plutôt des obligations imposées aux parents par le législateur, c'est-à-dire l'art. 165 *C.c.B.-C.* obligeant les parents à éduquer, entretenir et nourrir leurs enfants légitimes. Concrètement, le droit à la garde des enfants reposait sur les art. 200 («L'administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation . . .») et 214 *C.c.B.-C.* («Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu la séparation de corps . . .»). L'article 200 *C.c.B.-C.* s'harmonisait d'ailleurs avec l'art. 243 *C.c.B.-C.* qui statuait que, même si la puissance paternelle appartenait à la fois aux deux époux, le père, auquel la mère était soumise, en avait seul l'exercice pendant le mariage.

Au moment du jugement final ou par la suite, on attribuait en principe la garde des enfants à l'époux ayant obtenu la séparation, soit l'époux non fautif. Cette règle reposait sur la présomption que le conjoint qui avait manqué à ses obligations en tant qu'époux manquerait à ses devoirs de parent. L'article 214 *C.c.B.-C.* prévoyait, néanmoins, que le tribunal pouvait confier la garde à l'époux contre lequel la séparation avait été prononcée, ou même à une tierce personne, selon «le plus grand avantage des enfants». En pratique, il fallait des raisons particulières pour priver de la garde le parent non fautif. L'honorable Albert Mayrand, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant» (1982), 85 *R. du N.* 28, constate l'effet de ces dispositions du Code civil, aujourd'hui abrogées, à la p. 29:

Il fut un temps où il y avait deux catégories d'époux séparés ou divorcés: les innocents et les coupables. À l'innocent, on donnait la garde des enfants, premier prix de bonne conduite; le coupable était privé de cette garde et c'était une de ses punitions. Cette manière de voir était conforme à l'esprit d'une époque où la faute conjugale avait un caractère de gravité que les mœurs contemporaines ont atténué.

It can thus be seen that, at that time, paternal authority amounted, for all practical purposes, to a right of ownership of the father over the children. Later, in the fifties, the courts moved towards recognizing the rights of children over those of parents, although the father continued to be favoured. Little by little the criterion of the child's best interests emerged in custody decisions, a change that coincided with movements toward equality of the sexes.

The rights of children became much more significant in the seventies. In 1969, the phrase "child custody" appeared in the *Civil Code of Lower Canada* for the first time. The new arts. 200 and 212 C.C.L.C. now authorized the courts to decide "as to the custody, maintenance and education of the children" in proceedings in separation from bed and board or divorce, both at the stage of the final judgment and at the time of provisional measures. Article 214 C.C.L.C. was repealed, and, with it, the presumption that custody should be awarded to the faultless spouse. However, paternal authority (art. 243 C.C.L.C.) remained in force. *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41, at p. 42, a unanimous judgment of the Court of Appeal *per* Gagnon J.A., summarizes the state of the law at that time:

[TRANSLATION] Article 243 on paternal authority is still part of the Code, but has for some years existed in a new context. Authority in marriage is now shared: this evolution can be seen from comparing the new art. 174 C.C. with the old one.

Formerly, art. 200 C.C. gave the father, whether plaintiff or defendant, a priority right to provisional custody of the children pending the hearing. It was nevertheless held that, since it gave the judge some discretion, this provision moderated the rigour of the art. 243 rule. This priority no longer exists and the argument is even stronger.

Paternal authority was meant to ensure that the family unit would remain together, but when the family breaks up and unity is destroyed and replaced by discord, and quite often animosity between the parents, the judge is no longer subject to former constraints when he must decide on custody of the children, and it is the interest of the children that should more than ever be his primary concern, if not his only guide. [Emphasis added.]

On constate donc qu'à cette époque, la puissance paternelle équivalait, à toutes fins pratiques, à un droit de propriété du père sur les enfants. Par la suite, vers les années 50, la jurisprudence évolua vers la reconnaissance des droits de l'enfant de préférence à ceux des parents, même si le père demeurait favorisé. Peu à peu, se dégagea le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans l'attribution de la garde, parallèlement au cheminement qui visait à l'égalité des sexes.

C'est à partir des années 70 qu'il y eut véritable émergence des droits des enfants. En 1969, l'expression «garde de l'enfant» fit son apparition pour la première fois au *Code civil du Bas-Canada*. Les nouveaux art. 200 et 212 C.c.B.-C. permettaient désormais au tribunal de statuer «sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants» lors de la séparation de corps et du divorce, tant au niveau du jugement final que des mesures provisoires. L'article 214 C.c.B.-C. et, avec lui, la présomption d'attribution de garde au conjoint non fautif furent abrogés. La puissance paternelle (art. 243 C.c.B.-C.) demeura cependant en vigueur. L'arrêt *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41, à la p. 42, jugement unanime de la Cour d'appel rendu par le juge Gagnon, résume l'état du droit à cette époque:

L'article 243 relatif à la puissance paternelle est toujours inscrit au Code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée; la comparaison du nouvel article 174 C.C. avec l'ancien fait voir cette évolution.

Autrefois, l'article 200 C.C. donnait au mari demandeur ou défendeur en séparation un droit prioritaire à la garde provisoire des enfants pendant l'instance. On avait tout de même jugé que cette disposition, puisqu'elle donnait au juge une certaine discrétion, tempérait la rigueur de la règle de l'article 243. Cette priorité n'existe plus aujourd'hui et l'argument n'en est que plus fort.

La puissance paternelle vise à assurer l'unité de la société familiale, mais lorsque cette société se désagrège et que l'unité est rompue et remplacée par la discorde et bien souvent l'animosité des parents, le juge n'a plus les contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide. [Je souligne.]

In 1977, the Quebec legislature took a further step towards equality of the sexes by repealing art. 243 *C.C.L.C.* and replacing it with a new art. 244 *C.C.L.C.* Paternal authority, then, gave way to parental authority, which would now be exercised jointly by the father and the mother.

Finally, on April 2, 1981, that part of the new *Civil Code of Quebec* altering existing family law came into effect. Not only are spouses now regarded as equal, but the best interests of the child henceforth govern the awarding of child custody.

On the evolution of the right to custody, reference may be made, *inter alia*, to Albert Mayrand, "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois", in *Mélanges offerts à René Savatier* (1965), 621; Ethel Groffier-Atala, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223; Marie-Josée Blondin et al. (under the direction of Renée Joyal-Poupart), "Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants" (1986), 46 *R. du B.* 105; the Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel", in *Droit et enfant* (1990), 19.

The evolution in the common law noted by McIntyre J. in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 93, is parallel to that of the law on custody in Quebec:

The law relating to the custody of children and the rights of parents where custody claims are involved has undergone progressive change since early in the nineteenth century when the parent, usually the father, had a right to custody of an infant child unless disqualified by reason of some serious circumstance, having to do with the welfare of the child, making him unfit to have custody. By legislative intervention and evolving case law the situation has changed. The law has moved, first, toward an increase in maternal rights; a progressive diminution of parental rights; and then, a corresponding increase in the consideration of the interest or welfare of the infant, as the significant factor in custody determination. This latter factor has become progressively more

En 1977, le législateur québécois fit un pas de plus vers l'égalité des sexes, en abrogeant l'art. 243 *C.c.B.-C.* et en le remplaçant par un nouvel art. 244 *C.c.B.-C.* La puissance paternelle fit alors place à l'autorité parentale, devant désormais être exercée ensemble par les père et mère.

Enfin, le 2 avril 1981, entra en vigueur cette partie du nouveau *Code civil du Québec* qui allait réformer le droit de la famille. Non seulement les époux sont-ils désormais considérés comme égaux, mais encore le meilleur intérêt de l'enfant gouverne dorénavant l'attribution de la garde des enfants.

Au sujet de l'évolution du droit de garde, on peut consulter, entre autres: Albert Mayrand, «L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois», dans *Mélanges offerts à René Savatier* (1965), 621; Ethel Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223; Marie-Josée Blondin et autres (sous la direction de Renée Joyal-Poupart), «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants» (1986), 46 *R. du B.* 105; l'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel» dans *Droit et enfant* (1990), 19.

L'évolution que notait, en common law, le juge McIntyre dans l'arrêt *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 93, est parallèle à celle qu'a suivie au Québec le droit relatif à la garde:

Le droit relatif à la garde des enfants et aux droits des parents dans les affaires de garde d'enfant a évolué depuis le début du 19^e siècle, alors que l'un des parents, ordinairement le père, avait le droit à la garde de l'enfant mineur à moins d'être déchu à cause de circonstances graves, reliées au bien-être de l'enfant, qui le rendaient incapable d'en avoir la garde. La législation et la jurisprudence ont modifié cette situation. Le droit a d'abord évolué dans le sens de l'augmentation des droits de la mère, puis d'une diminution graduelle des droits des parents et enfin, dans le sens de l'augmentation consécutive de l'importance de l'intérêt ou du bien-être de l'enfant comme facteur déterminant de la garde. Ce dernier facteur a pris de plus en plus d'importance avec le

important until it may now be said that the welfare of the child is the paramount consideration when the courts address the problem. [Emphasis added.]

Any analysis of the development of the concept of custody would not be complete without a brief review of its contents. In this regard, art. 647 C.C.Q. provides that the father and the mother "have the rights and duties of custody, supervision and education of their children. They must maintain their children".

It is generally recognized that a parent's custody rights include the right to make decisions about the child's education. As Marty and Raynaud indicate in *Droit civil: les personnes* (3rd ed. 1976), at p. 288, [TRANSLATION] "the right to custody comprises all the rights of parents over the person of the child and essentially the right of education, with the related duties".

Droit de la famille — 274, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.), dealt with the custody of a four-year-old child. On the facts entered into evidence, the two parents practised different religions, without abuse or excess, and this had had the effect of emotionally disturbing the child. The Superior Court (*per* Macerola J.) had awarded custody to the mother, who was a Roman Catholic, and had given the father rights of access accompanied by an order prohibiting him from [TRANSLATION] "influencing the child or taking the child with him to demonstrations, ceremonies or conferences of Jehovah's Witnesses". Chouinard J.A., for the Court of Appeal, was of the view that the appeal should be allowed to the extent of striking the words "influencing the child or" from the trial judge's order, as being too general and difficult to enforce. He said the following regarding the right to custody, at p. 949:

[TRANSLATION] The right to custody of a very young child includes that of educating and instructing it in accordance with its best interests having regard to its moral, intellectual and physical development. A court has a clear duty to observe and apply this principle, and this has nothing to do with a violation of judicial neu-

temps de sorte qu'on peut maintenant dire que le bien-être [ou l'intérêt] de l'enfant est la considération primordiale lorsque les tribunaux se penchent sur la question. [Je souligne.]

L'étude de l'évolution de la notion de garde ne saurait être complète sans une brève étude de son contenu. À cet égard, l'art. 647 C.c.Q. prévoit que les père et mère ont «le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant».

Il est généralement reconnu que le droit de garde d'un parent comprend, entre autres, le droit de décider de l'éducation de son enfant. Comme le formulent les auteurs Marty et Raynaud, *Droit civil: les personnes* (3^e éd. 1976), à la p. 288, «le droit de garde renferme tous les droits des parents sur la personne de l'enfant et essentiellement le droit d'éducation, avec les devoirs corrélatifs».

Dans l'arrêt *Droit de la famille* — 274, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.), il s'agissait d'un litige concernant la garde d'un enfant âgé de quatre ans. Les deux parents exerçaient sans abus ni excès, d'après les faits mis en preuve, une religion différente et cela avait eu pour effet de troubler émotivement l'enfant. La Cour supérieure (le juge Macerola) avait accordé la garde à la mère, de religion catholique, et au père, des droits de visite et de sortie assortis d'une ordonnance l'interdisant d'«influencer ou [d']amener avec lui l'enfant à des démonstrations, cérémonies ou congrès de Témoins de Jéhovah». Le juge Chouinard, au nom de la Cour d'appel, fut d'avis de maintenir l'appel aux seules fins de rayer les mots «influencer ou» de l'ordonnance du premier juge, car trop généraux et difficiles d'exécution. Il s'exprime ainsi au sujet du droit de garde, à la p. 949:

Le droit de garde d'un tout jeune enfant comporte celui de l'éduquer et de l'instruire en conformité de son intérêt prioritaire eu égard à son développement moral, intellectuel et physique. Un Tribunal a justement l'obligation de respecter ce principe et de l'appliquer, ce qui n'a rien d'une violation de la neutralité judiciaire ou

trality or failure to respect the constitutional guarantee of freedom of religion.

encore de l'irrespect de la garantie constitutionnelle de la liberté de religion.

The trial judge properly concluded that the child was emotionally disturbed by the different religious principles of its parents which served as an inducement to judge the behaviour of one of them, namely the respondent. [Emphasis added.]

^a C'est avec raison que le premier juge a conclu que l'enfant était troublé émotivement par les principes religieux différents de ses parents qui lui servaient d'incitation à juger la conduite de l'un d'eux soit l'intimée. [Je souligne.]

The Court of Appeal imposed restrictions on the father's rights, and, in so doing, gave priority to the religion chosen by the mother for her child. This decision thus supports the principle that the right to custody confers on the custodial parent the right to decide on the child's religious education.

^b La Cour d'appel a imposé des restrictions aux droits du père, conférant par là la priorité à la religion choisie par la mère pour son enfant. Cette décision milite donc en faveur du principe selon lequel le droit de garde confère le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant.

The comments of Professor Jean Pineau, in *La famille* (1982), are to the same effect when, regarding the content of custodial rights, he states at p. 283:

^c Les propos du professeur Jean Pineau, *La famille* (1982), sont au même effet lorsqu'il affirme, à la p. 283, relativement au contenu du droit de garde:

[TRANSLATION] The duty of education is said to belong to the father and mother; but, as we have seen, in the event of disagreement the judge's opinion will determine the matter (art. 653 C.C.Q.). When the parents are separated, it is likely that the one who has actual custody of the children will prevail. [Emphasis added.]

^d Le devoir d'éducation appartient aux père et mère, dit-on; mais, au cas de désaccord, on l'a vu, l'opinion du juge mettra fin au débat (art. 653 C.C.Q.). Lorsque les parents sont séparés, il y a lieu de croire que l'emporterait celui des parents qui a effectivement la garde des enfants. [Je souligne.]

The Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 197, expressed the opinion that:

^e L'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, est d'avis, quant à lui, à la p. 197, que:

[TRANSLATION] Article 647 C.C.Q. lists the three main attributes of parental authority: "... the rights and duties of custody, supervision and education". By repeating them in art. 649 in the same order, the Code encourages us to consider them as indivisible, at least in their exercise.

^f L'article 647 C.c.Q. énumère les trois principaux attributs de l'autorité parentale: «... le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation». En les répétant dans le même ordre à l'article 649, le Code nous incite à les considérer comme indivisibles au moins dans leur exercice.

... The three principal functions of parental authority overlap each other and form a whole, a pyramid the apex of which, education, rests on the other two [custody and supervision], which are the means of attaining it. The function at the base of this pyramid has kind of absorbed the other two, so that ultimately custody is given a very broad meaning [Emphasis added.]

^g Les trois fonctions principales de l'autorité parentale ainsi imbriquées l'une dans l'autre forment un tout, une pyramide dont le sommet, l'éducation, s'appuie sur les deux autres [garde et surveillance], qui sont les moyens d'y parvenir. La fonction à la base de cette pyramide a comme absorbé les deux autres, de sorte qu'on a fini par donner à la garde un sens extrêmement large ... [Je souligne.]

The author continues, at pp. 206-7:

^j L'auteur poursuit, aux pp. 206 et 207:

[TRANSLATION] During marriage, the exercise of the rights of supervision and education in complete equality by the father and mother requires concessions and compromises. It is natural that parents will not have the same ideas on such matters. Their differences may sometimes be aired before the child, so that as far as he is concerned the authority of one parent may be neutralized by the contrary opinion of the other. After divorce, however, the custodial parent remains close to the child and far from his usual opponent; his ideas on education have priority and the way he puts them into effect acquires greater authority. For the child, the absence of one of its parents increases the importance of the other's presence. To say that the custodial parent acts as both father and mother is only partially untrue.

Although the law is not clear and opinions are divided on the point, the accepted view is that the custodial parent has the right to make decisions regarding the child's education and upbringing. Placed in the position of command, he selects the school, type of instruction, hospital or physician.

For the sake of convenience, it is desirable for the custodial parent, exercising his parental authority, to be able to himself or herself make decisions regarding the child's education, without having to consult a former spouse with whom personal relations may have been severed or be difficult. [Emphasis added.]

The views of this jurist equally support the notion that religious training is part of the duty of education, a duty which emanates from general custodial duties.

Finally, in the opinion of Professor Monique Ouellette, *Droit de la famille* (2nd ed. 1991), education is a [TRANSLATION] "broad concept", including "instruction" and the teaching of fundamental moral principles" (p. 187).

Subject to and pursuant to the child's best interests, custodial rights include the right to decide upon the child's religious education, until he or she is in a position to make his or her own choice. I, therefore, conclude in this regard, that the trial judge was correct in stating that religious instruction is the responsibility of the custodial parent.

Pendant le mariage, l'exercice des droits de surveillance et d'éducation en toute égalité par les père et mère exige des concessions et des compromis. Que les parents ne partagent pas les mêmes idées sur ces sujets, cela est normal. Leurs différences de vue s'expriment parfois en présence de l'enfant, de sorte que pour lui l'autorité d'un parent peut être neutralisée par l'avis contraire de l'autre. Mais, après le divorce, le gardien reste près de son enfant et loin de son contradicteur habituel; ses idées sur l'éducation ont préséance et sa manière de les appliquer s'impose avec plus d'autorité. Pour l'enfant, l'absence de l'un de ses parents accroît l'importance de la présence de l'autre. Dire que le gardien sert à la fois de père et de mère n'est qu'une demi-fausseté.

Quoique la loi ne soit pas expresse et que les avis soient partagés à ce sujet, on enseigne généralement que le parent gardien a la prérogative de prendre les décisions relatives à l'éducation et l'entretien de l'enfant. Installé au poste de command, il choisit l'école, le genre d'instruction, l'établissement hospitalier ou le médecin à qui il faut faire appel.

Il convient, pour des raisons d'efficacité que le gardien, exerçant son autorité parentale, puisse prendre seul les décisions relatives à l'éducation de l'enfant sans avoir à consulter un ex-conjoint avec qui les relations personnelles sont rompues ou difficiles. [Je souligne.]

La position de ce juriste abonde également dans le sens que l'enseignement religieux fait partie du devoir d'éducation que le parent gardien se voit attribué avec la garde.

Enfin, de l'avis du professeur Monique Ouellette, *Droit de la famille* (2^e éd. 1991), l'éducation est une «notion large», comprenant «l'instruction» et l'enseignement des principes fondamentaux de morale» (p. 187).

Sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant et de ce qui suit, le droit de garde comprend le droit de décider de l'éducation religieuse de son enfant, jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de choisir lui-même. Je conclus donc, à cet égard, que le premier juge a eu raison de dire que l'enseignement religieux relève du parent chargé de la garde.

This, however, does not mean that the non-custodial parent is excluded from the child's life, as the appellant argues. According to him, the restrictions imposed on his right to access by the disputed order amount to a partial deprivation of his parental authority within the meaning of art. 654 C.C.Q.

While the appellant cited no authority to support his argument, the Court itself has already considered the question of the deprivation of parental authority in *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244. In examining the conditions upon which custody of a child should be granted to a third party in Quebec civil law, Beetz J. wrote, at pp. 281-83:

... 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 to custody itself or the attributes of parental authority in general.

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

... 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 . . .

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 [or by the custodial parent]. 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):

Par contre, cela ne signifie pas que le parent privé de la garde se voit exclu de la vie de son enfant. L'appellant prétend, cependant, que les restrictions imposées à son droit de visite et de sortie par l'ordonnance contestée équivalent à une déchéance partielle de son autorité parentale au sens de l'art. 654 C.C.Q.

D'une part, l'appellant n'a invoqué aucune autorité à l'appui de son argument. D'autre part, la Cour elle-même a déjà examiné cette question de la déchéance de l'autorité parentale dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244. Dans le cadre de l'étude des conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le juge Beetz écrit, aux pp. 281, 282 et 283:

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

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.)

... 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 . . .

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 [ou par le parent gardien]. 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):

[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 possible. . . . The 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; emphasis in last paragraph added by Beetz J.]

a

b

d

e

f

g

h

i

j

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; souligné dans le dernier paragraphe par le juge Beetz.]

Le parent non gardien ne se voit nullement privé de l'autorité parentale. Il peut et doit, dans la mesure du possible, en exercer les attributs, c'est-à-dire le devoir de surveillance et d'éducation. On peut consulter à ce sujet, en outre: Robert Lesage, «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.

Cependant, comme le dit Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, aux pp. 204 et 205, le devoir d'éducation de son enfant par le parent non gardien est considérablement affaibli et modifié dans les conditions de son exercice, mais il n'en est pas pour autant impossible. En effet, quand il exerce ses droits de visite et de sortie, le parent privé de la garde peut prendre l'initiative de la surveillance et de l'éducation de son enfant. L'éducation peut être à caractère religieux, dans les limites exposées plus haut, ou scolaire, comme dans *Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin*, C.S. Labelle, No. 560-05-000223-927, January 5, 1993, J.E. 93-234. In that case, Landry J., after noting that the granting of custody to one parent does not deprive the other of his parental authority, ordered that the non-custodial parent be informed of the child's progress in school and that the Commission scolaire Pierre-Neveu provide him with copies of the various reports sent to the custodial parent. The judge also pointed out that the custodial parent could not object to such requests, which made it possible for the non-custodial parent to exercise his or her parental authority.

À la lumière de ces principes, l'argument de l'appelant au sujet de la déchéance de l'autorité parentale ne saurait, par conséquent, réussir.

The non-custodial parent is not in any way deprived of parental authority. He may and must, so far as possible, exercise its attributes, namely the duty of supervision and education. Reference may be made in this regard to, among others, Robert Lesage, «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.

However, as Albert Mayrand notes, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *supra*, at pp. 204-5, the non-custodial parent's duty of educating his or her child is considerably weakened and altered in the way it is exercised, but that does not make it impossible. When exercising the right to access, the non-custodial parent may take the initiative in supervising and educating the child. The education may be of a religious nature, within the limits set out above, or of a more general nature, as was the case in *Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin*, C.S. Labelle, No. 560-05-000223-927, January 5, 1993, J.E. 93-234. In that case, Landry J., after noting that the granting of custody to one parent does not deprive the other of his parental authority, ordered that the non-custodial parent be informed of the child's progress in school and that the Commission scolaire Pierre-Neveu provide him with copies of the various reports sent to the custodial parent. The judge also pointed out that the custodial parent could not object to such requests, which made it possible for the non-custodial parent to exercise his or her parental authority.

In light of these principles, the appellant's argument regarding deprivation of parental authority cannot possibly succeed.

This, then, is the context in which the legal nature of the right to access, one aspect of the right to custody, must be examined.

2. Right to Access

The *Civil Code of Lower Canada*, amended on April 2, 1981 since the coming into effect of the *Civil Code of Quebec* regarding family law, and the *Civil Code of Quebec* contain no specific provisions regarding the rights of access of the non-custodial parent. Before the enactment of the *Civil Code of Quebec*, art. 215 *C.C.L.C.*, adopted in 1866, simply provided:

215. Whoever may be entrusted with the care of the children, the father and mother respectively retain the right of watching over their maintenance and education, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

This article has been construed by courts as well as commentators as governing the right to access. In *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279, the Court of Appeal, on an appeal from a judgment on an action for separation from bed and board, expressed the following view regarding access, at p. 280:

[TRANSLATION] Applying these principles [art. 215 *C.C.L.C.*] to the present case it follows, in our view, that the defendant retains with respect to the plaintiff the right, *inter alia*, to supervise the education of the parties' common child, and in respect of the latter is still required to contribute thereto. The visiting and "taking out" of that child every Saturday are, for the defendant, part of the contribution he must make to his child's education. It is not a "privilege", but an obligation towards that child. [Emphasis added.]

Many commentators voice similar opinions. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1942), t. 2, mentions that the non-custodial parent must be able to see and visit his or her child in order to carry out the duty of supervision, education and maintenance (p. 52). Langelier expresses a similar view in *Cours de droit civil de la province de Québec* (1905), t. 1, at p. 359.

More recently, Professor Ethel Groffier-Atala, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale",

C'est donc dans ce contexte que s'inscrit l'examen de la nature juridique du droit de visite et de sortie, une des modalités du droit de garde.

2. Le droit de visite et de sortie

Le *Code civil du Bas-Canada*, modifié le 2 avril 1981 depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en matière de droit de la famille, et le *Code civil du Québec* ne contiennent pas de disposition spécifique relative au droit de visite et de sortie du parent privé de la garde. Or, avant l'adoption du *Code civil du Québec*, l'art. 215 *C.c.B.-C.*, adopté en 1866, prévoyait simplement:

215. Quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les pères et mères conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Cet article a été interprété par la jurisprudence et la doctrine comme régissant le droit de visite et de sortie. Entre autres, dans l'arrêt *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279, la Cour d'appel, saisie de l'appel d'un jugement sur une action en séparation de corps, se prononçait ainsi sur le droit de visite et de sortie, à la p. 280:

Appliquant ces principes [l'art. 215 *C.c.B.-C.*] au cas actuel il faut conclure, à notre avis, que le défendeur conserve à l'égard de la demanderesse le droit, entre autres, de surveiller l'éducation de l'enfant commun des parties et, à l'égard de ce dernier, il reste tenu d'y contribuer. La visite et la «sortie» de cet enfant chaque samedi font partie, pour le défendeur, de la contribution qu'il doit apporter à l'éducation de son enfant. Ce n'est pas un «privilege» mais une obligation envers cet enfant. [Je souligne.]

La doctrine est au même effet. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1942), t. 2, mentionne que le parent privé de la garde doit pouvoir voir et visiter son enfant afin de s'acquitter de sa tâche de surveillance, d'éducation et d'entretien (p. 52). Langelier exprime la même idée, *Cours de droit civil de la province de Québec* (1905), t. 1, à la p. 359.

Plus récemment, le professeur Ethel Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité

supra, at p. 229, writes concerning art. 215 C.C.L.C. that the [TRANSLATION] "non-custodial divorced spouse exercises his or her rights through the right to access". In "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835, at p. 851, I expressed the view that the non-custodial parent could exercise his or her parental authority by means of the right to access.

Article 647 C.C.Q., now in force, essentially reproduces the old art. 215 C.C.L.C. and reads as follows:

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

They must maintain their children.

The principles developed under the old art. 215 C.C.L.C. are thus equally applicable to this new provision. As the Hon. Albert Mayrand so elegantly puts it, [TRANSLATION] "[t]he various means of exercising the right to access (visiting, taking out, accommodation) are only small pieces of the right of custody" ("La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale", *supra*, at p. 208). This is as true now as it was before the new *Civil Code of Quebec* came into force.

B. *The Child's Best Interests*

Against this background, one must now consider the applicable criterion in determining the right to custody and, by logical implication, its component part, the right to access. As we know, under the *Divorce Act*, courts must take into consideration only the best interests of the child, as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child (s. 16(8)). In separation from bed and board proceedings, art. 569 C.C.Q. imposes on courts a duty to decide as to the custody of children "in their interest and in the respect of their rights". However, apart from situations of divorce and separation from bed and board, what, according to the *Civil Code*, is the criterion applicable to the right to access?

parentale», *loc. cit.*, à la p. 229, écrit au sujet de l'art. 215 C.c.B.-C. que le «conjoint divorcé qui n'a pas la garde exerce ses droits grâce au droit de visite». Dans «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, à la p. 851, j'exprimais l'avis que le parent privé de la garde pouvait exercer son autorité parentale au moyen du droit de visite et de sortie.

L'article 647 C.c.Q., présentement en vigueur, reprend essentiellement l'ancien art. 215 C.c.B.-C. et se lit ainsi:

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 principes développés en vertu de l'ancien art. 215 C.c.B.-C. sont donc tout aussi applicables à cette nouvelle disposition. Comme l'exprime si élégamment l'honorable Albert Mayrand, «[I]es diverses modalités du droit d'accès (visite, sortie, hébergement) ne sont que des parcelles minimales du droit de garde» («La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, à la p. 208). Ceci est aussi vrai aujourd'hui que ce ne l'était avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*.

B. *Le meilleur intérêt de l'enfant*

Ces prémisses étant posées, on doit maintenant s'interroger sur le critère applicable à la détermination du droit de garde et, par implication logique, de son démembrement, le droit de visite et de sortie. On sait qu'en vertu de la *Loi sur le divorce* le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation (par. 16(8)). En matière de séparation de corps, l'art. 569 C.c.Q. impose au tribunal le devoir de statuer sur la garde des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits». Mais à l'extérieur des contextes du divorce et de la séparation de corps, quel est, selon le *Code civil*, le critère applicable en ce qui a trait au droit de visite et de sortie?

Article 30 *C.C.L.C.*, the sole article which applies to parents who are not married or divorced, sets out only one criterion, that of "the child's interest and the respect of his rights". This article is very wide in scope since it applies to "every decision concerning a child". While it is new law, the rule itself is very old, as can be seen from the legal situation that existed before its adoption as well as that existing since, in matters of custody and, subsidiarily, of access.

1. The Rule

(i) *Prior to the 1981 Revision*

Before the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* in 1981, and even when its predecessor, art. 215 *C.C.L.C.*, was the law, courts and commentators, despite the absence of any express provision to that effect in the Civil Code, gradually developed the criterion of the child's best interests as regard to custody and access.

As early as 1896, discussing the granting of custody, Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, mentioned that [TRANSLATION] "[t]he greater advantage of the children is what will always guide the discretion given to the court" (p. 36). Langelier, *supra*, at p. 358, for his part, observed that the court [TRANSLATION] "should consider exclusively what will benefit the children", as did Trudel, *supra*, at p. 49. The phrase "the greater advantage of the children" was drawn from the then art. 200 *C.C.L.C.*, which dealt with interim custody of the children.

In *Bleau v. Petit* (1902), 6 Que. P.R. 353 (Sup. Ct.), a dispute arose between parents about the custody of their child that was brought before the court by way of *habeas corpus*. The judge held that the interests of a young child must be the sole guide for the judge in a *habeas corpus* proceeding.

The Superior Court again faced the same issue in *Moquin v. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232, and held that it [TRANSLATION] "is how the writers can logically say that the interests of children must be

L'article 30 *C.c.B.-C.*, le seul article qui gouverne les relations entre parents non mariés ni divorcés, ne formule qu'un seul critère, celui de «[l']intérêt de l'enfant et le respect de ses droits». Cet article a une portée très étendue puisqu'il s'applique aux «décisions prises à son [l'enfant] sujet». Il est de droit nouveau, mais la règle est, elle, très ancienne comme le démontrent la situation juridique qui existait avant son adoption de même que celle qui prévaut depuis, en matière de garde et, accessoirement, de droit de visite et de sortie.

1. La règle

(i) *Avant la réforme de 1981*

Avant l'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* en 1981 et même sous l'empire de son prédécesseur, l'art. 215 *C.c.B.-C.*, la jurisprudence et la doctrine ont, malgré l'absence de disposition expresse à cet effet dans le Code civil, peu à peu dégagé le critère du meilleur intérêt de l'enfant en matière de garde et de droit de visite et de sortie.

Dès 1896, Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, mentionnait, au sujet de l'attribution de la garde, que «[l]e plus grand avantage des enfants, voilà ce qui guidera toujours la discrétion laissée à la cour» (p. 36). Langelier, *op. cit.*, à la p. 358, observait, pour sa part, que le tribunal «doit considérer exclusivement l'avantage des enfants», tout comme d'ailleurs Trudel, *op. cit.*, à la p. 49. L'expression «le plus grand avantage des enfants» est inspirée de l'art. 200 *C.c.B.-C.* de l'époque, qui traitait de la garde des enfants pendant le procès.

Dans l'affaire *Bleau c. Petit* (1902), 6 R.P. 353 (C.S.), il s'agissait d'un conflit entre parents au sujet de la garde de leur enfant, conflit soumis au tribunal sous la forme d'*habeas corpus*. Le juge déterminait que l'intérêt d'un enfant en bas âge doit seul servir de guide au juge en matière d'*habeas corpus*.

La Cour supérieure, appelée de nouveau à trancher le même genre de litige dans *Moquin c. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232, fut d'avis que c'est ainsi que les auteurs peuvent logiquement dire que

the sole guide for the judge". See, to the same effect, *Nault v. Nault* (1911), 13 Que. P.R. 221 (Sup. Ct.), and *Woollven v. Aird* (1912), 14 Que. P.R. 165 (Sup. Ct.).

In 1922, the Court of Appeal had to decide the custody of a minor child in an action for separation from bed and board in *Smith v. Copping* (1922), 34 Que. K.B. 412. Upholding the Superior Court judgment, it approved the following passage, at pp. 412-13:

[TRANSLATION] Whereas, in questions of this kind, the court should consider only the interests, advantage and welfare of the young child, without being concerned who, husband or wife, has a greater right to custody of the child when both are considered fit to look after it; [Emphasis added.]

See also *Bigman v. Belzberg*, [1952] Que. Q.B. 391, at p. 394 (*per* Galipeault C.J.).

This Court dealt with this issue in *Taillon v. Donaldson*, [1953] 2 S.C.R. 257. The parents were claiming their child from the uncle and aunt with whom they had "placed" him seven years earlier. The majority of the Court, *per* Kellock J., held that, as the evidence showed that the parents were unfit and incapable, custody of the child should be left with the uncle and aunt. Taschereau and Fauteux JJ., dissenting on the question of the assessment of the evidence by the trial judge, were of the view that there might be reasons other than lack of fitness and inability to care for the child that would lead a court to remove custody from the parents. In their view, the correct principle in this area was that [TRANSLATION] "the interests of the child should be considered, and should even be the court's main concern" (p. 258, *per* Taschereau J.).

Subsequent decisions of the Court of Appeal adopted Fauteux J.'s view. Following the reasoning in *Smith v. Copping*, *supra*, the Court of Appeal has always recognized that the child's best interests is the primary concern in this area. In *Benisty v. Delouya*, [1969] Que. Q.B. 720, at p. 721, it reiterated that it is [TRANSLATION] "the interests of the child which must prevail". See also,

l'intérêt des enfants doit seul guider le juge». Voir au même effet: *Nault c. Nault* (1911), 13 R.P. 221 (C.S.), et *Woollven c. Aird* (1912), 14 R.P. 165 (C.S.).

^a

En 1922, la Cour d'appel avait à décider de la garde d'un enfant mineur dans le cadre d'une action en séparation de corps, dans l'arrêt *Smith c. Copping* (1922), 34 B.R. 412. Elle confirma le jugement de la Cour supérieure, en approuvant l'extrait suivant, aux pp. 412 et 413:

Considérant que, dans les questions de ce genre, la Cour ne doit considérer que l'intérêt, l'avantage et le bien-être de l'enfant en bas âge, sans s'occuper de savoir qui du mari ou de la femme a le plus droit à la garde de l'enfant quand tous deux sont jugés dignes d'en prendre soin; [Je souligne.]

^d

Voir au même effet: *Bigman c. Belzberg*, [1952] B.R. 391, à la p. 394 (le juge en chef Galipeault).

Notre Cour s'est penchée sur la question dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257. Les parents légitimes réclamaient leur enfant à l'oncle et la tante auxquels ils l'avaient «confié» pendant sept ans. Sous la plume du juge Kellock, la majorité de la Cour décida que, comme la preuve révélait que les parents étaient indignes et incapables, il fallait laisser la garde de l'enfant à l'oncle et à la tante. Les juges Taschereau et Fauteux, dissidents sur la question de l'appréciation de la preuve faite par le premier juge, furent d'avis qu'il pourrait y avoir d'autres raisons que l'indignité et l'incapacité pour dicter à un tribunal de retirer la garde aux parents. La véritable doctrine en ce domaine, selon eux, est à l'effet que «l'intérêt de l'enfant doit être considéré, et doit même être le principal souci des tribunaux» (p. 258, le juge Taschereau).

Les décisions subséquentes de la Cour d'appel adoptent l'opinion du juge Fauteux. Suivant la ligne de pensée de l'arrêt *Smith c. Copping*, précité, la Cour d'appel a toujours reconnu le meilleur intérêt de l'enfant comme étant le critère primordial en la matière. Dans l'arrêt *Benisty c. Delouya*, [1969] B.R. 720, à la p. 721, elle réitère que c'est «l'intérêt de l'enfant qui doit primer». Voir au

inter alia, *Blanchette v. Collin*, [1972] C.A. 352, and *Bockler v. Bockler*, *supra*.

In *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82 (leave to appeal to the Supreme Court refused, [1978] 1 S.C.R. ix), a divorced husband had applied for custody of his minor child, initially granted by decree to the divorced mother. The child had lived with his maternal grandparents since the mother's death. On an application for *habeas corpus*, the Superior Court (*per* Bard J.) had held that, on the evidence, the child's best interests required that custody be awarded to the father rather than the maternal grandparents. Speaking for the Court of Appeal, which upheld the Superior Court judgment, Mayrand J.A. said the following (at p. 85):

[TRANSLATION] The fact that the divorced spouses have an equal right to custody of their child makes imperative the application of the golden rule that the child's interests is the determining factor.

The interests of a child are a function of a large number of factors which are difficult to assess . . . [Emphasis added.]

The Superior Court had previously applied this "golden rule". On an application for child custody in *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530, at p. 533, it had held that the court's discretion regarding child custody should be exercised in accordance with [TRANSLATION] "the child's interests, advantage and welfare" (*per* Martel J.). Similarly, in a later case, *Favreau v. Éthier*, [1976] C.S. 48, at p. 48, Gervais J. wrote that, in analysing the evidence to determine who should have custody of the children, the child's welfare and interests [TRANSLATION] "should take priority over any other consideration".

Commentators have also recognized that what is in the child's best interests is the sole criterion that should guide the granting of child custody. Professors Pineau and Ouellette, "La protection de

même effet, entre autres, les arrêts *Blanchette c. Collin*, [1972] C.A. 352, et *Bockler c. Bockler*, précité.

^a Dans l'arrêt *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée, [1978] 1 R.C.S. ix), il s'agissait d'une requête d'un époux divorcé en vue d'obtenir la garde de son enfant mineur, initialement confiée par jugement à la mère divorcée. L'enfant était demeurée avec les grands-parents maternels suite au décès de sa mère. Saisie d'une requête en *habeas corpus*, la Cour supérieure (le juge Bard) avait décidé que, selon la preuve, le meilleur intérêt de l'enfant exigeait que sa garde soit confiée au père plutôt qu'à ses grands-parents maternels. Au nom de la Cour d'appel qui confirme le jugement de la Cour supérieure, le juge Mayrand s'exprime ainsi (à la p. 85):

^b L'égalité du droit des époux divorcés à la garde de leur enfant rend impérative l'application de la règle d'or selon laquelle l'intérêt de l'enfant est le facteur déterminant.

^c L'intérêt d'un enfant est tributaire d'un très grand nombre de facteurs difficiles à évaluer . . . [Je souligne.]

^d La Cour supérieure avait d'ailleurs antérieurement appliqué cette «règle d'or». Saisie d'une requête pour garde d'enfants dans *Perreault c. Demers*, [1974] C.S. 530, à la p. 533, elle avait jugé que la discrétion de la cour à l'égard de la garde des enfants doit s'inspirer «de l'intérêt, de l'avantage et du bien-être de l'enfant» (le juge Martel). De même, dans une affaire postérieure, *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48, à la p. 48, le juge Gervais écrivait qu'en analysant la preuve pour déterminer à qui la garde des enfants devait être confiée, le bien-être et l'intérêt de l'enfant «doivent avoir préséance sur toute autre considération».

^e La doctrine a également reconnu que le meilleur intérêt de l'enfant est l'unique critère qui doit guider l'attribution de la garde d'un enfant. Les professeurs Pineau et Ouellette, «La protection de

l'enfant dans le droit de la famille" (1978), 9 R.D.U.S. 76, state at p. 90:

[TRANSLATION] . . . and it [the court] makes [any decision on custody] based on the principle of the child's interests which is one of the fundamental rules of the new family law.

In *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* (1978), Professor Claude Boisclair is of the view, at p. 4, that [TRANSLATION] "courts have always tried to make the best decision in 'the child's interests'". After reviewing the cases dealing with the law in effect before the 1981 reform, the Hon. Albert Mayrand, "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant", *supra*, at p. 48, concluded that [TRANSLATION] "[t]he granting of custody of a child rests on a determination of his interests, namely of his welfare".

(ii) 1981 Reform

Even though art. 30 C.C.L.C., enacted at the time of the general reform of family law in Quebec, is new law, Albert Mayrand J.A. noted in *Droit de la famille* — 52, [1983] C.A. 388, at p. 391, that:

[TRANSLATION] Even before the new reform of family law, paternal authority had to be exercised in the child's interests. The new article 30 of the Civil Code of Lower Canada transforms this case law rule into a legal rule and gives it indisputable prominence . . . [Emphasis added.]

See to the same effect *Droit de la famille* — 110, [1984] C.S. 99, at p. 101 (*per* Gomery J.).

In *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, which concerned the conditions under which child custody should be granted to a third party in Quebec civil law, Beetz J., for the Court, set out the scope of art. 30 C.C.L.C. as follows, at pp. 269-70:

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

l'enfant dans le droit de la famille» (1978), 9 R.D.U.S. 76, l'affirment à la p. 90:

. . . et il [le tribunal] le [toute décision relative à la garde] ferait en s'inspirant du principe de l'intérêt de l'enfant qui constitue l'une des règles de base du droit familial nouveau.

Le professeur Claude Boisclair, dans *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* (1978), est d'avis, à la p. 4, que les «tribunaux ont toujours cherché à prendre la meilleure décision dans «l'intérêt de l'enfant»». L'honorable Albert Mayrand, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant», *loc. cit.*, à la p. 48, après avoir examiné la jurisprudence portant sur le droit en vigueur avant la réforme de 1981, concluait que «[l']attribution de la garde de l'enfant repose sur la recherche de son intérêt, soit la recherche de son bonheur».

(ii) La réforme de 1981

Même si l'art. 30 C.c.B.-C., adopté lors de la réforme globale du droit de la famille au Québec, est de droit nouveau, le juge Albert Mayrand rappelle, dans l'arrêt *Droit de la famille* — 52, [1983] C.A. 388, à la p. 391, que:

Même avant la nouvelle réforme du droit familial, l'autorité paternelle devait être exercée dans l'intérêt de l'enfant. Le nouvel article 30 du Code civil du Bas-Canada transforme cette règle jurisprudentielle en une règle légale et lui donne un relief indiscutable . . . [Je souligne.]

Voir au même effet: *Droit de la famille* — 110, [1984] C.S. 99, à la p. 101 (le juge Gomery).

Dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, qui concernait les conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le juge Beetz, au nom de la Cour, se prononce sur la portée de l'art. 30 C.c.B.-C. en ces termes, aux pp. 269 et 270:

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 pri-

was for the first time unequivocally recognized in the *Civil Code* with that reform. . . .

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 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. [Emphasis added; emphasis in last paragraph added by Beetz J.]

After referring to various authors, Beetz J. goes on to say, at p. 271:

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

mordial 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* . . .

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 . . .

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. [Je souligne; souligné dans le dernier paragraphe par le juge Beetz.]

Après s'être référé à divers auteurs, le juge Beetz poursuit, à la p. 271:

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:

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 doi-

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.) [Emphasis added.]

Finally, Beetz J. wrote, at p. 272:

By adopting the very wording of art. 30 *C.C.L.C.*, art. 569 *C.C.Q.* [applicable in divorce matters] makes it clear beyond doubt that the child's interest is the only criterion to be considered in awarding custody. [Emphasis added.]

There can be no question that these observations equally apply to one of the attributes of custody, the right to access.

Quebec courts have consistently followed this approach. In *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584, Piché J. of the Superior Court relied largely on the comments of Beetz J. in disposing of a case concerning child custody and the rights of access of parents. Similarly, in *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159, the Superior Court had to rule on the custody of a child and rights of access. Reeves J. eloquently expounded on the view of the child's interests as proposed by art. 30 *C.C.L.C.*, from which I find it useful to quote large extracts (at pp. 161-62):

[TRANSLATION] The solution to this dilemma is to be found in an objective assessment of the various specific aspects of this abstract notion of "the child's interest". This assessment has to be made in conjunction with that of the parents' interests, though without being subordinate to the latter. . . .

The child's interest is not defined by law: it is only mentioned in art. 30 *C.C.* . . .

It can be said that the interest of a human being is nothing but the measure of his welfare (*In re Goyette: Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429). There are generally four aspects to a person's welfare: the physical or material, the emotional, the intellectual or educational, and, finally, the moral and

vent guider le tribunal dans son appréciation, notamment en cas d'adoption, de garde ou de pension alimentaire.

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

Finalement, à la p. 272, le juge Beetz écrit:

En reprenant les termes mêmes de l'art. 30 *C.c.B.-C.*, l'art. 569 *C.c.Q.* [applicable en matière de divorce] 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. [Je souligne.]

Ces énoncés s'appliquent, on ne saurait en douter, tout autant en matière d'un des démembrements de la garde, le droit de visite et de sortie.

La jurisprudence québécoise n'a pas dévié depuis. Dans l'affaire *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584, le juge Piché de la Cour supérieure s'inspire largement des propos du juge Beetz afin de disposer d'un litige portant sur la garde des enfants et sur les droits de visite et de sortie des parents. De même, dans *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159, la Cour supérieure avait à se prononcer sur la garde d'un enfant et les droits de visite et de sortie. Le juge Reeves élabore de façon éloquente sur la vision de l'intérêt de l'enfant que propose l'art. 30 *C.c.B.-C.*, dont je crois utile de citer de larges extraits (aux pp. 161 et 162):

La solution de ce dilemme se trouve dans une appréciation objective des divers éléments concrets visés par cette notion abstraite appelée «l'intérêt de l'enfant». Cette appréciation doit se faire en conjonction avec celle de l'intérêt des parents, sans toutefois lui être subordonnée . . .

L'intérêt de l'enfant n'est pas défini par la loi: celle-ci le mentionne seulement à l'article 30 *C.C.* . . .

On peut dire que l'intérêt de l'être humain n'est autre chose que la mesure de son bien (*In re Goyette: Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429). Or, le bien d'une personne comporte généralement quatre aspects: le physique ou matériel, l'affectif ou émotionnel, l'intellectuel ou éducatif et enfin le

religious or spiritual aspects. The combination of all these aspects gives a person what may be called his particular "culture".

The second paragraph of art. 30 alludes to these aspects in part and by way of illustration.

Marital or family disputes result simply from the inability of parents and/or children to adapt to the occurrence, unforeseen in time and space, of the innumerable possible combinations of these four aspects of human activity.

Children, who are destined to become fully developed human beings, stable and responsible citizens, will survive their parents. The survival of children and, by extension, of society is thus the underlying reason for the priority given to the interests and rights of the child over its parents' interests and rights. Article 30 C.C. uses the phrase "determining factors": this is synonymous with "priorities". [Emphasis added.]

See also *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166 (Sup. Ct.), at p. 172, *per* Frenette J.

The doctrine, to the same effect, does not seem to have led to any controversy. Professor Mireille D.-Castelli, *Précis du droit de la famille* (2nd ed. 1990), at p. 226, considers that the only criterion in custody matters is consideration of the child's interests as provided for in art. 30 C.C.L.C. or, in the event of a divorce, s. 16 of the *Divorce Act*. Professor Ouellette, *Droit de la famille, supra*, at p. 186, notes that the criteria for awarding custody to a parent are many and varied, but the entire [TRANSLATION] "approach is designed to identify the child's best interests, which is the only absolute criterion".

The same criterion is adopted by commentators and courts in France. In *Droit civil: la famille* (3rd ed. 1993), Collection Domat Droit Privé, Professor Gérard Cornu states that, when a court must rule on what will happen to the children in a divorce, [TRANSLATION] "the law (Civ. C. arts. 287 and 287-1) gives the judge the function of choosing among the solutions it offers the one dictated by the child's interests" (No. 416, p. 545). His reflec-

moral et religieux ou spirituel. L'achèvement de l'ensemble de ces aspects donne à un être ce que l'on peut appeler sa «culture» particulière.

^a Le second alinéa de l'article 30 évoque ces aspects de façon partielle et illustrative.

Les conflits conjugaux ou familiaux résultent simplement de l'incapacité des parents et/ou des enfants à s'adapter à la survenance imprévue, dans le temps et l'espace, des innombrables combinaisons possibles de ces quatre aspects de l'activité humaine.

^c Or, les enfants, destinés à devenir des êtres humains pleinement épanouis, des citoyens stables et responsables, survivront à leurs parents. La survie des enfants et, par extension, celle de la société, est donc la raison profonde de la priorité de l'intérêt et des droits de l'enfant sur l'intérêt et les droits de ses parents. L'article 30 C.C. emploie l'expression «motifs déterminants»: cela est synonyme de «prioritaires». [Je souligne.]

^e Voir aussi: *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.), à la p. 172 (le juge Frenette).

La doctrine est également au même effet et ne semble d'ailleurs pas avoir soulevé de controverse. Le professeur Mireille D.-Castelli, *Précis du droit de la famille* (2^e éd. 1990), à la p. 226, considère que le seul critère en matière de garde est celui de l'intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 C.c.B.-C. ou, s'il s'agit d'un divorce, à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le professeur Ouellette, *Droit de la famille, op. cit.*, à la p. 186, note que les critères d'attribution de garde à un parent sont multiples et variés, mais toute «la démarche entend préciser le meilleur intérêt de l'enfant, seul critère absolu».

ⁱ En France, le même critère est reconnu par la doctrine et la jurisprudence. Le professeur Gérard Cornu, dans *Droit civil: la famille* (3^e éd. 1993), collection Domat Droit Privé, affirme que, lorsque le tribunal doit statuer sur le sort des enfants au moment du divorce, «la loi (C. civ. art. 287 et 287-1) confère au juge mission de choisir, parmi les solutions qu'elle offre, celle que dicte l'intérêt de l'enfant» (n^o 416, p. 545). La réflexion qu'il

tions, at No. 414, p. 543, are just as valid in Quebec as they are in France:

[TRANSLATION] Divorce reveals — what parental consultation was supposed to assume — that the interest of the child is a superior interest which society is to protect in the event of parental discord. A socially protected superior interest means, in one respect, an interest external to the parents, in the sense that the child is not their thing (not a thing to be divided like silverware), not a pawn in their dispute, a being which is not on earth in order to bear the burden of their problem, but to fulfil its destiny like any person who, since the origins of humanity, has by chance come into being in the long succession of generations, parents who have been children, until they themselves are parents of other children. This is the message which, in divorce, society gives to warring parents: you do not count.

Parents do count. A superior interest does not mean an exclusive interest or a foreign domain. Parents also suffer and their children love them. Their proper and respective interests are legitimate; and even their faults as spouses do not as such disqualify them as parents. Their natural vocation to promote their parental relations remains intact, and most importantly their vocation to participate together in the necessary adaptation. [Emphasis added.]

Accordingly, whether rights of custody or access are involved, the child's best interests as set out in art. 30 C.C.L.C. will be the sole guide. These best interests may properly require that certain restrictions be placed on the right to access. This is precisely the issue raised in the present appeal.

2. Its Content

Though there is no longer any doubt as to the rule of the child's best interests, its content has evolved so that it now includes a whole range of factors identified by courts and supported by commentators.

In *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501, Rinfret J. noted at p. 508 that [TRANSLATION] "if the parents want the courts to help them retain their children's affection and devotion, they themselves must at least show some interest". Factors such as the child's physical health, well-being, education and instruction, as well as his or her wishes, were

poursuit, au n° 414 à la p. 543, est tout aussi valable au Québec qu'en France:

Le divorce révèle — ce que le tête-à-tête parental était censé assumer — que l'intérêt de l'enfant est un intérêt supérieur à la sauvegarde duquel, dans la désunion parentale, la société est fondée à veiller. Intérêt supérieur socialement sauvegardé, cela signifie, par un côté, intérêt extérieur aux parents. En ce sens que l'enfant n'est pas leur chose (pas une chose à partager comme l'argenterie) pas un enjeu dans leur rivalité, un être qui n'est pas sur terre pour assumer leur problème, mais pour vivre sa destinée, comme tout homme que, depuis le début de l'humanité, le hasard a fait naître dans la chaîne des générations, de parents qui ont été des enfants, en attendant d'être eux-mêmes parents d'autres enfants. C'est le message que, dans le divorce, la société adresse aux parents désunis. Parents, vous n'êtes rien.

Parents, vous êtes tout. Intérêt supérieur ne signifie ni intérêt exclusif, ni domaine étranger. Les parents souffrent aussi et leurs enfants les aiment. Leurs intérêts propres et respectifs sont légitimes. Et même leurs fautes comme conjoints, en elles-mêmes, ne les disqualifient pas comme parents. Leur vocation naturelle à nourrir leurs relations parentales demeure entière, et première leur vocation à participer, dans la concertation, à l'adaptation nécessaire. [Je souligne.]

Qu'il s'agisse, donc, de garde ou de droit de visite et de sortie, le meilleur intérêt de l'enfant qu'édicte l'art. 30 C.c.B.-C. sera le seul guide. Ce meilleur intérêt peut justement commander qu'on apporte certaines restrictions au droit de visite et de sortie. C'est précisément ce que le présent pourvoi vise à trancher.

2. Son contenu

Même si la règle du meilleur intérêt de l'enfant ne fait plus de doute, son contenu a toutefois évolué pour inclure aujourd'hui une panoplie de facteurs dégagés par la jurisprudence et appuyés par la doctrine.

Dans *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, le juge Rinfret faisait remarquer, à la p. 508, que «si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut au moins qu'eux-mêmes s'y intéressent». Les éléments tels la santé physique, le bien-être, l'éducation et l'instruction de l'enfant,

regarded as an integral component of the child's best interests.

The Court again considered the point in *Taillon v. Donaldson*, *supra*. According to Fauteux J., dissenting on the question of assessment of evidence by the trial judge, the child's interests should not be regarded as purely material, but should be examined as part of the whole institution of the family with the resulting rights and duties therefrom (p. 269).

The age of the child was one of the criteria considered by courts in dealing with custody: see *Keller v. Kredl*, [1956] Que. Q.B. 810, and *Wilson v. Thompson*, [1959] Que. Q.B. 522. As Édith Deleury, Michèle Rivet and Jean-Marc Neault, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité" (1974), 15 *C. de D.* 779, at p. 848, observe, [TRANSLATION] "[t]he child's age is one criterion used by courts in granting custody, but like all the other criteria it is subject to the general principle of the child's interests".

According to Martel J. of the Superior Court in *M. v. D.*, [1966] C.S. 224, the conduct of the parents and the wishes of the child are among the factors relevant to the child's interests: [TRANSLATION] "[t]he child's welfare being the objective, no consideration that can have any influence on the resolution of this question should be neglected" (p. 225). Similarly, in *Boily v. Vallée*, [1966] Que. Q.B. 1001, the Court of Appeal took into account the possibility of emotional shock in deciding where the child's best interests lay.

Commentators write to the same effect. In 1942, Trudel stated, *supra*, t. 1, at pp. 621-22:

[TRANSLATION] "... the law thinks first and foremost of the children's interests. Protecting those interests is the only point to be considered by the judge or the court — both have jurisdiction — which must grant custody to the father or the mother. ...

The facts recognized as most important are the age and religion of the children; the behaviour of the spouses

tout comme la volonté de l'enfant, furent considérés comme partie intégrante de son intérêt.

La Cour se penchait de nouveau sur la question dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*, précité. Selon le juge Fauteux, dissident sur la question de l'appréciation de la preuve faite par le premier juge, l'intérêt de l'enfant ne doit pas avoir un caractère purement matériel, mais doit plutôt être considéré dans l'ensemble de l'institution qu'est la famille avec les droits et obligations qui en découlent (p. 269).

L'âge de l'enfant fut l'un des critères considérés par la jurisprudence en matière de garde: voir les arrêts *Keller c. Kredl*, [1956] B.R. 810, et *Wilson c. Thompson*, [1959] B.R. 522. Comme l'affirment Édith Deleury, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité» (1974), 15 *C. de D.* 779, à la p. 848, l'«âge de l'enfant est un critère utilisé par les tribunaux dans l'attribution du droit de garde mais, comme tous les autres critères, il est subordonné au principe général de l'intérêt de l'enfant».

Selon le juge Martel de la Cour supérieure, dans la cause *M. c. D.*, [1966] C.S. 224, la conduite des parents et les désirs de l'enfant sont parmi les facteurs pertinents au regard de l'intérêt de l'enfant, «[l]e bien-être de l'enfant étant le but à atteindre, aucune considération pouvant avoir quelque influence sur la décision de cette question ne doit être négligée» (p. 225). De même, dans l'affaire *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001, la Cour d'appel tient compte de la survenance éventuelle d'un choc émotif dans l'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant.

La doctrine va dans le même sens. En 1942, Trudel affirmait, *op. cit.*, t. 1, aux pp. 621 et 622:

... la loi songe d'abord et surtout à l'intérêt des enfants. La sauvegarde de cet intérêt est le seul point à considérer par le juge ou le tribunal — tous deux ont juridiction — qui doit en confier la garde au père ou à la mère. ...

Les faits admis comme les plus importants sont: l'âge et la religion des enfants; la conduite des époux envers

toward their children, much more than their mutual feelings; the possibilities for education and instruction; the wishes of a child whose age enables him or her to make a reasonable choice; misconduct by the father or the mother.

Professors Pineau and Ouellette summed up the state of the law on the subject on the eve of the 1981 reform of Quebec family law in the study I have already cited, at p. 91:

[TRANSLATION] Article 215 C.C. provides that a judge may award custody of a child to the father, the mother or a third party. In deciding where the best interests of the child lie, he will take into account the child's age and sex, the parents' age and conduct, the child's views, the possibility of providing him or her with a relatively normal home life, the child's psychological equilibrium, and, finally, occasionally, race and religion. The parents' conduct was for a long time the only factor in awarding custody. It was replaced by that of the child's age: a young child was nearly always awarded to the mother. At the present time, it is not untrue to say that Quebec judges give less importance to the criteria set out earlier: the compelling argument is that of the best interests of the child as assessed by the judge, based on the facts presented to it and over which it has the most complete discretion. [Emphasis added.]

From all of the foregoing I conclude that, on the eve of the 1981 family law reform, the criterion to be considered in matters of custody and access was the child's best interests, and this criterion was understood as including a whole range of factors such as age, sex, race, religion, education, psychological equilibrium, the child's views, the possibility of emotional shock to the child and the conduct of the parents, as well as the possibility of giving the child a relatively normal home life. Article 30 C.C.L.C. merely codified the view held by courts and commentators.

In *Young, supra*, the issue, as in this case, was a variation of the right to access to the children, within divorce proceedings. Since the *Divorce Act* makes the child's best interests the sole guide in this matter, the principles I discussed in *Young* are consequently just as applicable to the present appeal. I refer to that case in particular for the

leurs enfants, beaucoup plus que leurs sentiments réciproques; les facilités d'éducation et d'instruction; le désir de l'enfant dont l'âge permet de faire un choix raisonnable; l'indignité du père ou de la mère.

Les professeurs Pineau et Ouellette résument l'état du droit en la matière à la veille de la réforme du droit familial québécois de 1981, dans l'étude que j'ai déjà citée, à la p. 91:

L'article 215 C.c. prévoit que le juge peut accorder la garde de l'enfant au père, à la mère ou à des tiers. Pour décider du meilleur intérêt de l'enfant, il tiendra compte de l'âge et du sexe de l'enfant, de l'âge et la conduite des parents, de l'opinion de l'enfant, de la possibilité de lui offrir un foyer relativement normal, de l'équilibre psychologique de l'enfant et, enfin, occasionnellement, de la race et de la religion. La conduite des parents fut, pendant longtemps, le seul critère déterminant dans l'octroi de la garde. Il fut remplacé par celui de l'âge de l'enfant: un enfant jeune était presque toujours confié à la mère. À l'heure actuelle, il n'est pas faux d'affirmer que les juges québécois accordent une importance mitigée aux critères énoncés plus haut. L'argument convaincant est celui du meilleur intérêt de l'enfant évalué par le juge, à partir de la preuve de faits qui lui est présentée et sur laquelle il a la plus entière discrétion. [Je souligne.]

De tout ce qui précède, je conclus qu'à la veille de la réforme du droit de la famille de 1981, le critère en matière de garde ainsi que de droit de visite et de sortie était celui du meilleur intérêt de l'enfant, ce critère étant compris comme englobant une panoplie de facteurs tels l'âge, le sexe, la race, la religion, l'instruction, l'équilibre psychologique, l'opinion de l'enfant, la possibilité de choc émotif causé à l'enfant et la conduite des parents, de même que la possibilité d'offrir à l'enfant un foyer relativement normal. L'article 30 C.c.B.-C. n'est venu que codifier cette position jurisprudentielle et doctrinale.

Dans l'arrêt *Young*, précité, auquel je réfère ici, il s'agissait, comme c'est le cas ici, de modifications au droit de visite et de sortie des enfants dans le cadre d'une requête en divorce. Comme la *Loi sur le divorce* fait du meilleur intérêt de l'enfant le seul guide en cette matière, les principes que j'ai dégagés dans *Young* sont, par conséquent, tout

studies and statistics therein mentioned, which do not need to be repeated here.

In *Young*, the Court of Appeal ((1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1) adopts "harm" as the criterion for determining whether or not to restrict parental rights to access. Given the clear, precise and unambiguous wording of art. 30 *C.C.L.C.*, the only section applicable, it is hard to understand how the concept of "harm" as the sole criterion could have made inroads into this area of law. Neither courts nor commentators have taken this approach.

Further, as I noted in *Young*, the right to custody, and especially its attribute, the right to access, exist only in so far as they are provided for by the legislation itself: the right is a purely statutory creation, under the Civil Code. In interpreting such a disposition, one should not violate the meaning of the text, nor improperly expand it. In my opinion, the scope my colleague gives to the wording of the Civil Code is one which neither, the letter nor the spirit, of the provision may support.

The test of harm could not be the determining factor even though it is within the circle of all the factors making up the child's best interests in determining rights of access. It is clear that if the exercise of such rights causes "real and significant" harm to the child, those rights will automatically be restricted. Nevertheless, it is also true that, even in the absence of harm, the range of factors, listed in the Code and made explicit in commentary and case law, which are used to determine where the child's best interests lie (age, sex, religion, need, resources, environment, physical and psychological well-being, special characteristics, and so on), may require courts to restrict the rights of access of a parent, temporarily or otherwise, wholly or partially, or limit it to certain conditions. In this area, judicial discretion is broad precisely so the judge may take into account all the factors

a aussi applicables au présent pourvoi. J'y réfère en particulier en ce qui a trait aux études et statistiques dont je fais état, et qu'il n'y pas lieu de répéter ici.

b La Cour d'appel dans *Young* ((1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1) adopte le «préjudice caractérisé» comme critère afin de déterminer s'il y a lieu ou non de restreindre les droits de visite et de sortie. c Devant le texte clair, précis et non ambigu de l'art. 30 *C.c.B.-C.*, le seul applicable à l'espèce, il est difficile de comprendre comment la notion de «préjudice caractérisé» comme critère unique, a pu voir le jour en la matière. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne vont non plus dans ce sens.

d En outre, comme je l'ai noté dans l'arrêt *Young*, le droit de garde, et surtout son corollaire le droit de visite et de sortie, n'existent que dans la mesure où ils sont prévus par la loi elle-même; il s'agit d'une création purement statutaire, en l'occurrence le Code civil. Son interprétation ne saurait violer le e texte ni aller au-delà. À mon avis, l'étendue que ma collègue prête au texte du Code civil en est une que ni la lettre ni l'esprit du texte ne supportent.

f Le critère du préjudice caractérisé ne saurait être le critère déterminant, même s'il s'inscrit à l'intérieur de l'analyse de tous les facteurs constituant le meilleur intérêt de l'enfant en vue de déterminer les droits de visite et de sortie. Il est évident que si l'exercice de ces droits cause un préjudice «réel et significatif» à l'enfant, ceux-ci seront restreints automatiquement. Néanmoins, il est également h vrai que, même en l'absence de préjudice caractérisé, la panoplie de facteurs, énumérés au Code et explicités par la doctrine et la jurisprudence, qui sont appelés à déterminer où se situe le meilleur intérêt de l'enfant (âge, sexe, religion, besoin, ressources, milieu, santé physique et psychologique, traits particuliers à l'enfant, etc.), peut commander i au tribunal de restreindre le droit de visite et de sortie d'un parent, temporairement ou non, totalement ou partiellement, ou de l'astreindre à certaines modalités. En ce domaine, la discrétion du j juge est étendue pour tenir compte justement de

relevant to each case, as required by the Civil Code.

In short, although harm to the child is one of the factors a court must take into account if the circumstances so require, it was not isolated by the legislature as being the sole criterion. In my view, it would be going against the wording of the Civil Code to propose as a sole criterion a factor which is only one of the many components of the criterion adopted by the legislature, namely the interests of the child, assessed from the standpoint of the child and his or her needs, and not from that of the "rights" of parents. This theory of the predominance of parents' rights has long been rejected in favour of that of the paramount rights of children, as I discuss at greater length in *Young, supra*.

Finally, as I also observed in *Young*, waiting for harm to occur, which is essentially the theory of harm, is not only contrary to the child's best interests but puts the burden of error on the child and places the emphasis *a posteriori* rather than *a priori*, which definitely distorts the purpose of these Civil Code provisions, which are designed specifically to avoid subjecting the child to harm. It is the child, as I stated above, who should always be the focus, not the interests or needs of the parents. The right to access is a right designed primarily to benefit the child, not the parents. It is the parents who have the duty of providing for, protecting and promoting their children's best interests.

I, therefore, conclude that, like the Superior Court, the Court of Appeal, in applying the criterion of the child's best interests to the present case, made no error of principle. The appellant's arguments on this aspect of the case should, therefore, be rejected.

3. Its Constitutionality

The appellant, however, raised the unconstitutionality of the criterion of the child's best interests, arguing that it is too vague and discretionary. In his submission, the discretion conferred upon

tous les facteurs pertinents à chaque cas, comme le Code civil le mandate.

Bref, bien que le préjudice caractérisé causé à l'enfant soit l'un des facteurs dont le tribunal devra tenir compte si les circonstances le nécessitent, il n'a pas été isolé par le législateur comme étant l'unique critère. À mon avis, c'est aller à l'encontre du texte du Code civil que de proposer comme critère unique un facteur qui n'est que l'une des nombreuses composantes de celui que le législateur a retenu, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant, évalué à partir de l'enfant et de ses besoins, et non pas à partir des «droits» des parents. Cette théorie de la prévalence des droits des parents a, depuis longtemps, été écartée au profit de celle des droits primordiaux des enfants, comme j'en discute plus longuement dans l'arrêt *Young*, précité.

Enfin, comme je l'ai aussi observé dans *Young*, attendre l'arrivée d'un préjudice, ce qui est somme toute la théorie du préjudice caractérisé, est non seulement contraire au meilleur intérêt de l'enfant, mais encore reporte les risques d'erreur sur l'enfant et met l'accent à posteriori plutôt qu'à priori, ce qui contourné en définitive le but de ces dispositions du Code civil, qui ont justement pour objet d'éviter que l'enfant ne subisse un préjudice. C'est l'enfant, je le répète, qui doit toujours être le point de mire, et non pas les intérêts ou les besoins des parents. Le droit de visite et de sortie est un droit édicté principalement en faveur de l'enfant, et non des parents. Ce sont les parents qui ont le devoir d'assurer, de protéger et de promouvoir le meilleur intérêt de leur enfant.

Je conclus donc que la Cour d'appel, à l'instar de la Cour supérieure, en appliquant au litige le critère du meilleur intérêt de l'enfant, n'a commis aucune erreur de principe. Les moyens de l'appellant sur cet aspect du litige doivent donc être écartés.

3. Sa constitutionnalité

L'appellant soulève, toutefois, l'inconstitutionnalité du critère du meilleur intérêt de l'enfant, en ce sens qu'il est imprécis et trop discrétionnaire. Selon lui, la discrétion conférée aux tribunaux en

the courts under art. 30 *C.C.L.C.* infringes the *Charter*, and, moreover, the criterion of the child's best interests is so vague as to infringe ss. 1 and 7 of the *Charter*.

Like my colleague, I am of the view that the provisions of the Civil Code at issue here do not infringe any principle enshrined in the *Charter*. On the contrary, those provisions are consistent with the values underlying the *Charter*. First, this Court has already held that even very broad judicial discretion in a legislative provision does not in itself give rise to a constitutional review of that provision (*Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 439 (*per* Sopinka J.); *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410 (*per* La Forest J.); and *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 691-92 (*per* Dickson C.J.)), provided that such discretion has a rational connection with the legislative objective of the provision. There can be no doubt that such a connection is present in this case.

For the same reasons as those set out in *Young*, *supra*, I am of the view that the existence of a broad discretion is closely linked to achieving the legislative objective of promoting the child's best interests. This is what emerges upon an examination of the context of art. 30 *C.C.L.C.* as well as its wording. This discretion conferred by art. 30 *C.C.L.C.* makes it possible for one to consider the circumstances of each case, circumstances which can be infinitely varied. The flexibility of this article does not make it vague. On the contrary, the legislative provisions adopted in family law, in particular those dealing with custody and access rights, such as art. 30 *C.C.L.C.*, are probably the best example of the type of legislation which, in order to properly achieve its objectives, requires broad judicial discretion. The following remarks by the Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale", *supra*, at p. 228, are very apposite here:

[TRANSLATION] It is sometimes argued that the courts are given excessive discretion in family law; but this discretion makes it possible to devise judicial solutions better suited to new situations than rules enacted by the legislature would be. [Emphasis added.]

vertu de l'art. 30 *C.c.B.-C.* viole la *Charte*, et, de plus, le critère du meilleur intérêt de l'enfant est imprécis au point de constituer une violation de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte*.

a

Comme ma collègue, je suis d'avis que les dispositions du Code civil ici en jeu ne portent atteinte à aucun principe enchâssé dans la *Charte*. Bien au contraire, ces dispositions sont en harmonie avec les valeurs que sous-tend la *Charte*. D'une part, notre Cour a déjà décidé que la discrétion judiciaire, même étendue, dans une disposition législative ne donne pas lieu en soi à un examen constitutionnel d'une telle disposition (*Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 439 (le juge Sopinka); *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410 (le juge La Forest); et *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 691 et 692 (le juge en chef Dickson)), en autant que cette discrétion ait un lien rationnel avec les objectifs législatifs de cette disposition. Or, ce lien ne saurait ici faire de doute.

Pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans l'arrêt *Young*, précité, j'estime, en effet, que la présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce qui ressort d'un examen du contexte de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ainsi que de son libellé. Cette discrétion conférée par l'art. 30 *C.c.B.-C.* permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini. La souplesse de cet article ne le rend pas imprécis pour autant. Au contraire, les dispositions législatives adoptées en droit de la famille, en particulier celles portant sur la garde et le droit de visite et de sortie comme l'art. 30 *C.c.B.-C.*, constituent probablement le meilleur exemple du type de législation requérant, pour réellement satisfaire ses objectifs, une discrétion judiciaire étendue. Me semblent très pertinents les propos suivants de l'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, à la p. 228:

On se plaint parfois d'une trop grande discrétion accordée aux tribunaux en droit familial. Mais cette discrétion permet des créations jurisprudentielles mieux adaptées aux situations nouvelles que ne le seraient des règles édictées par le législateur. [Je souligne.]

Seen from this perspective, the criterion of the child's best interests, set out in art. 30 *C.C.L.C.*, which is quite explicit in content, could not be vague within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Though it is a fairly broad legislative concept, the criterion of the child's best interests, especially as defined in art. 30 *C.C.L.C.*, refers to the totality of the considerations relating to a child and is capable of application to the circumstances of each case.

As I discuss at greater length in *Young, supra*, this criterion is universally recognized in modern family law and has been adopted in the United States as well as in Australia and Europe. Moreover, it is put forward in the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Article 3(1). This criterion has also been applied for decades by courts in Quebec and abroad, giving rise to a large body of case law. This indicates the universal and lasting value of the criterion, as well as the fact that its content is significant. In my view, this disposes of the appellant's argument regarding judicial discretion.

Moreover, as in *Young, supra*, contrary to the submission of the appellant, art. 30 *C.C.L.C.* is not vague within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The constitutional theory of vagueness has no application in this case, as art. 30 *C.C.L.C.*, in using the criterion of the child's best interests, provides a sufficient guide and an adequate basis on which to found a judicial debate (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711).

For these reasons, the appellant's argument that the criterion of the child's best interests set out in art. 30 *C.C.L.C.*, and the judicial discretion it

Dans cette optique, le critère du meilleur intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 *C.c.B.-C.*, dont le contenu est par ailleurs explicite, ne saurait être imprécis au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien qu'étant un concept législatif assez large, le critère du meilleur intérêt de l'enfant, particulièrement tel que défini à l'art. 30 *C.c.B.-C.*, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas.

Comme j'en discute plus longuement dans l'arrêt *Young*, précité, ce critère est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne et a été adopté tant aux États-Unis qu'en Australie et en Europe. De plus, il est mis de l'avant par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, article 3(1). Ce critère a, en outre, été appliqué depuis des décennies par les tribunaux du Québec et de l'étranger, donnant lieu à une jurisprudence abondante. Cela démontre la valeur universelle et durable de ce critère, de même que le fait que son contenu soit significatif. Ceci dispose, à mon avis, de l'argument de l'appellant relatif à la discrétion judiciaire.

D'autre part, comme dans l'arrêt *Young*, précité, contrairement à ce que soumet l'appellant, l'art. 30 *C.c.B.-C.* n'est pas imprécis au sens de l'art. 7 de la *Charte*. La théorie constitutionnelle de l'imprécision n'a pas d'application à l'espèce, car l'art. 30 *C.c.B.-C.*, en prévoyant le critère du meilleur intérêt de l'enfant, constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711).

Pour ces motifs, les prétentions de l'appellant à l'effet que le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.-C.* et la discrétion judiciaire

entails, are a vague and therefore unconstitutional standard, cannot succeed.

C. *Freedoms Guaranteed by the Charter*

I shall now deal with the arguments raised by the appellant that the trial judge's order infringes his rights and freedoms protected by the *Charter*, namely his freedom of religion (s. 2(a)), his freedom of expression (s. 2(b)), his right to equality (s. 15(1)) and his freedom of association (s. 2(d)).

1. Section 2(a)

The appellant alleges that the trial judge infringed his freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. As I stated in *Young, supra*, the *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. The *Charter* can no more cover judicial orders made to resolve disputes of a private nature (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; and *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530). Furthermore, this is not a situation similar to that of an arbitrator appointed pursuant to a statute and deriving all his or her powers therefrom, as in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. We are dealing here with the judiciary, a separate branch of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. The *Charter*, accordingly, will not apply here to the order of a court in a family matter. Certain exceptions to this rule, which I set out in *Young, supra*, are not applicable here.

Despite the foregoing, however, courts can in no way ignore the values underlying the *Charter* in any decision they are called upon to make. In this connection, I would like to point out that, in ruling on a child's best interests, a court is not putting religion on trial nor its exercise by a parent for himself or herself, but is merely examining the way in which the exercise of a given religion by a parent through his or her right to access affects the child's best interests.

qu'il comporte constituent une norme imprécise et, de ce fait, inconstitutionnelle, ne sauraient réussir.

C. *Les libertés garanties par la Charte*

Je passe maintenant aux arguments que soulève l'appellant lorsqu'il prétend que l'ordonnance du premier juge viole ses droits et libertés protégés par la *Charte*, soit sa liberté de religion (al. 2a)), sa liberté d'expression (al. 2b)), son droit à l'égalité (par. 15(1)) et sa liberté d'association (al. 2d)).

1. Alinéa 2a)

L'appellant reproche au premier juge d'avoir enfreint sa liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*. Comme je l'ai exposé dans l'arrêt *Young*, précité, la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. La *Charte* ne peut, non plus, viser des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges de nature privée (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530). En outre, il ne s'agit pas ici d'une situation similaire à celle d'un arbitre nommé en vertu d'une loi et en tirant tous ses pouvoirs, comme dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Nous sommes en présence du pouvoir judiciaire, une branche distincte du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. En conséquence, la *Charte* ne s'appliquera pas ici à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale. Certaines exceptions à cette règle, dont je fais état dans *Young*, ne sont pas ici applicables.

Malgré ce qui précède, les tribunaux ne sauraient, toutefois, ignorer les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans toutes décisions qu'ils sont appelés à rendre. À cet égard, j'aimerais rappeler qu'en statuant sur le meilleur intérêt de l'enfant, le tribunal ne fait le procès ni d'une religion ni de l'exercice qu'un parent peut en faire pour lui ou pour elle-même, mais examine uniquement la manière dont l'exercice par un parent, d'une religion donnée à l'occasion des droits de visite et de sortie, influe sur le meilleur intérêt de l'enfant.

I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(a) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. It is important to note that the trial judge's order refers to the appellant's "religious fanaticism" and not to the normal exercise of his religion in respect of his child. Like the trial judge and the Court of Appeal, I would dismiss this argument.

2. Section 2(b)

The appellant argues, in this regard, that the order made by the trial judge infringes his freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. As I have just mentioned, no freedom is absolute and this is equally true of the freedom of expression the appellant is claiming. The child's best interests may require imposing limits on this right. If the *Charter* did apply, which, in my view, it does not, the order here in question would not infringe the appellant's freedom of expression provided for in s. 2(b) of the *Charter*. The disputed order does not prohibit any communication by the appellant with C.; it only prohibits him from indoctrinating his daughter in the way he is doing, both by his words and by his activities.

3. Section 15(1)

The appellant also contended that the disputed order infringed his right to equality contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Not only does the *Charter* not apply to the order, but, in addition, the appellant presented no argument in support of this contention. He simply cited several decisions and authors and gave a brief historical background in support of his contention that Jehovah's Witnesses have been the victims of discrimination as a group.

J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2a) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. Il est important de souligner que l'ordonnance du premier juge vise le «fanatisme religieux» de l'appellant et non pas l'exercice normal de sa religion auprès de son enfant. D'accord avec le premier juge et la Cour d'appel, je rejeterais ce moyen.

2. Alinéa 2b)

L'appellant prétend, à ce chapitre, que l'ordonnance rendue par le juge de première instance porte atteinte à sa liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*. Comme je viens de le mentionner, aucune liberté n'est absolue et la liberté d'expression dont se réclame l'appellant ne l'est pas non plus. Le meilleur intérêt de l'enfant peut exiger l'imposition de limites à ce droit. Je suis d'avis que, dans l'éventualité où la *Charte* s'appliquait, ce que je nie, l'ordonnance émise ne violerait pas la liberté d'expression de l'appellant prévue à l'al. 2b) de la *Charte*. En effet, l'ordonnance contestée n'interdit pas toute communication par l'appellant avec C.; elle ne lui interdit que d'endoctriner sa fille de la façon dont il le fait, tant par ses paroles que par ses activités.

3. Paragraphe 15(1)

L'appellant a aussi soutenu que l'ordonnance contestée violait son droit à l'égalité à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Non seulement la *Charte* n'a-t-elle pas d'application à l'ordonnance, mais, au surplus, l'appellant n'a apporté aucun argument au soutien de cette prétention. Il s'est contenté de citer plusieurs décisions et auteurs et de faire un bref survol historique pour appuyer sa prétention que les Témoins de Jéhovah ont été vic-

That is not in any way the question before the Court and these arguments, valid though they might be in some other context, have no bearing on the case at bar. If the Court were concerned with the practice by a Catholic, Protestant or atheist, to mention only a few religious beliefs, the decision would be the same: the child's best interests remain a court's only guideline. This argument simply cannot stand in the present debate.

4. Section 2(d)

On this point, the appellant did not even attempt to show how the order at issue infringed his freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, and there is no need to discuss it further.

In view of the foregoing and given my conclusion that the *Charter* has no bearing on the order made by the trial judge, and that even if it did apply, no infringement of the appellant's rights and freedoms has been established, s. 1 of the *Charter* does not come into play. The appellant's arguments relating to the infringement of his rights guaranteed by the *Charter* must, therefore, be rejected.

D. *The Agreement*

Before turning to the application of art. 30 C.C.L.C. to the facts of the case at bar, another aspect of the dispute must be disposed of, even though there was no particular discussion of the point.

The parties in this case entered into an agreement, which I reproduced above, recognizing the appellant's right to access and setting the modalities of its exercise. As a general rule, the judicial tendency is to respect such agreements, even though they are not bound to do so. Such agreements are not in any way prohibited: on the contrary, they are encouraged as no one is in a better position than the parties themselves to resolve the question of rights of access. However, courts may and must occasionally intervene where the circumstances and the child's interests so require. The circumstances of both the parties and the child may

time de discrimination en tant que groupe. Ce n'est aucunement la question dont nous sommes saisis et ces arguments, pour valides qu'ils puissent être dans un autre contexte, n'ont aucune application à l'espèce. Se serait-il agi de l'exercice par un catholique, un protestant ou un athée, pour ne nommer que ces croyances religieuses, que la décision serait la même: le meilleur intérêt de l'enfant demeure le seul guide d'un tribunal. Cet argument ne tient tout simplement pas dans le présent débat.

4. Alinéa 2d)

À ce chapitre, l'appelant n'a même pas tenté de démontrer en quoi l'ordonnance rendue violerait sa liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte* et il n'y a pas lieu de s'y attarder.

Compte tenu de ce qui précède et de ma conclusion à l'effet que la *Charte* n'a aucune application à l'ordonnance rendue par le juge du procès et que, même si elle s'appliquait, aucune violation des droits et libertés de l'appelant n'a été démontrée, l'article premier de la *Charte* n'entre pas en jeu. Les arguments de l'appelant relatifs à la violation de ses droits garantis par la *Charte* doivent donc être rejetés.

f D. *La convention*

Avant d'aborder l'application de l'art. 30 C.c.B.-C. aux faits de l'espèce, il y a lieu de disposer d'un autre aspect du litige, quoiqu'il n'ait pas fait l'objet d'un débat particulier.

Les parties ont ici conclu une entente, que j'ai reproduite plus haut, reconnaissant le droit de visite et de sortie de l'appelant et en fixant les modalités d'exercice. En règle générale, les tribunaux ont tendance à respecter de telles ententes, même s'ils n'y sont pas tenus. Nullement défendues, elles sont au contraire encouragées, car nul n'est mieux placé que les parties elles-mêmes pour régler la question du droit de visite et de sortie. Cependant, les tribunaux peuvent et doivent à l'occasion intervenir dans la mesure où les circonstances et l'intérêt de l'enfant l'exigent. En effet, les circonstances tant des parties que de l'enfant sont

vary, and it is, then, for courts to ensure that the children's best interests are respected.

For the most part, courts and commentators have considered this type of agreement in the context of divorce proceedings, especially as they concern child custody and maintenance. There is no longer any question as to the validity of such agreements, as Professor Pineau, *La famille, supra*, at p. 122, points out:

[TRANSLATION] If the agreement dealing with the separation itself is void, certain corollary agreements regarding alimony, child custody or the status of the spouses' property may nonetheless be admitted when the spouses are involved in a separation or divorce proceeding or are on the point of being so.

However, these agreements cannot override the power of the courts to alter them or even set them aside, to the extent that they prove to be against the child's best interests. As the Hon. Albert Mayrand, "Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés" (1960), 20 *R. du B.* 1, at p. 27, noted:

[TRANSLATION] The child's interests determine who will have custody and be primarily responsible for the child's education. As those interests vary with the circumstances, neither an agreement by the parents nor a judicial decision before or after a divorce removes the essentially temporary nature of child custody. However, since one of the divorced parents may by action (not by motion) obtain custody of the child, he or she may also obtain it without a judicial contest, by contract. Like a judgment, such a contract may award one of the parents only a custody right subject to the other parent's visiting right. It is always subject to review since it is legally valid only to the extent that it is consistent with the child's interests at a given time and to the non-transferable rights resulting from parental authority. [Emphasis added.]

More recently, the same jurist returned to the point in "Conventions de séparation entre époux" (1970), 73 *R. du N.* 411, at p. 428:

[TRANSLATION] As alimony is always subject to review because it depends on the variable relationship between the needs of the creditor and the resources of

susceptibles de changer, et il appartient alors au tribunal de s'assurer que le meilleur intérêt de l'enfant soit respecté.

La jurisprudence et la doctrine ont surtout étudié ce genre de conventions à l'occasion d'un divorce, en particulier celle ayant trait à la garde des enfants et de la pension alimentaire. La validité de telles ententes ne fait plus de doute, comme le signale le professeur Pineau, *La famille, op. cit.*, à la p. 122:

Si le pacte portant sur la séparation elle-même est nul, on peut admettre au contraire, certaines conventions accessoires portant sur la pension alimentaire, la garde des enfants, ou le statut des biens des époux lorsque ceux-ci sont en instance de séparation de corps ou de divorce ou sur le point de l'introduire.

Toutefois, ces conventions ne sauraient écarter le pouvoir des tribunaux de les modifier ou même de les annuler si tant est qu'elles se révèlent contraires au meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce que souligne l'honorable Albert Mayrand, «Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés» (1960), 20 *R. du B.* 1, à la p. 27:

L'intérêt de l'enfant détermine la personne qui en aura la garde et sera principalement chargée de son éducation. Comme cet intérêt varie selon les circonstances, ni la convention des parents, ni la décision judiciaire, antérieures ou postérieures au divorce, n'enlèvent à la garde de l'enfant son caractère essentiellement provisoire. Mais, puisque l'un des parents divorcés peut obtenir par action (non par requête) la garde de l'enfant, il peut aussi l'obtenir sans combat judiciaire, par contrat. À l'instar du jugement, ce contrat peut n'accorder à l'un des parents qu'un droit de garde tempéré par le droit de visite de l'autre parent. Il est toujours susceptible de révision, puisqu'il n'a de valeur juridique que dans la mesure où il est conforme aux intérêts de l'enfant à une époque donnée et aux droits incessibles résultant de la puissance parentale. [Je souligne.]

Plus récemment, le même juriste revient sur la question, «Conventions de séparation entre époux» (1970), 73 *R. du N.* 411, à la p. 428:

Comme la pension alimentaire est toujours sujette à révision parce qu'elle dépend du rapport variable des besoins du créancier et des facultés du débiteur, ainsi la

the debtor, so child custody is always provisional because it is based on the child's interests, which changes over time and with the circumstances. In principle, an agreement on child custody or access rights is never irrevocable. [Emphasis added.]

Mignault, *supra*, at pp. 36-37, was already of the view, in 1896, that judgments awarding custody of a child could be revoked, always for the latter's greater advantage, if new circumstances were demonstrated. He cited in support the decision of the Superior Court in revision, *Valade v. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207, where it is stated, at p. 209, that [TRANSLATION] "all decisions on child custody and education are subject to being vacated and modified, in light of new circumstances . . .". See to the same effect Trudel, *supra*, t. 2, at pp. 49-50.

The case of *Bronfman v. Moore*, [1965] Que. Q.B. 181, affirmed by the Supreme Court at [1964] S.C.R. v (unreported), is one of the first attempts by courts to deal with this question. In *Bronfman*, divorce was granted in 1961, and, pursuant to an agreement, custody of the daughter was given to the mother. In 1963, the father unsuccessfully tried to obtain custody of the child; Smith J. of the Superior Court granted him only rights of access. Taking advantage of trips made by his ex-wife on several occasions, the father decided to keep the child with him. The mother then asked the Superior Court to issue a writ of *habeas corpus*, which was granted and affirmed on appeal. Responding to an argument raised by the father, the Court of Appeal, *per* Choquette J.A., said at p. 186:

[TRANSLATION] Moreover, just like a separation agreement between spouses, an agreement on custody of a common child can only be valid as long as it subsists, although such an agreement may influence any future determination of the child's interests. In principle, such an agreement, when it is broken, cannot prevail over the interests of the child, which always remains the primary consideration. [Emphasis added.]

In *Harris v. Webster*, [1975] C.A. 702, the Court of Appeal examined an agreement between divorced parties regarding the payment of mainte-

garde d'un enfant est toujours provisoire parce qu'elle est axée sur l'intérêt de cet enfant, qui évolue avec le temps et change selon les circonstances. En principe, la convention relative à la garde de l'enfant ou au droit de visite n'est donc jamais irrévocable. [Je souligne.]

Mignault, *op. cit.*, aux pp. 36 et 37, était déjà d'avis, en 1896, que des jugements conférant la garde d'un enfant pouvaient être révoqués, toujours en vue du plus grand avantage de ce dernier, si des circonstances nouvelles étaient démontrées. Il cite à l'appui la décision de la Cour supérieure en révision *Valade c. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207, dans laquelle on peut lire, à la p. 209, que «toutes les décisions relatives à la garde et à l'éducation des enfants sont susceptibles d'être rapportées et modifiées, à raison de circonstances nouvelles. . .» Voir au même effet: Trudel, *op. cit.*, t. 2, aux pp. 49 et 50.

L'arrêt *Bronfman c. Moore*, [1965] B.R. 181, confirmé par la Cour suprême à [1964] R.C.S. v (non rapporté), constitue l'une des premières tentatives jurisprudentielles d'examiner la question. Dans cette affaire, les parties obtinrent leur divorce en 1961, et, suite à un accord, la garde de leur fille fut confiée à la mère. En 1963, le père tenta, sans succès, d'obtenir la garde de l'enfant; le juge Smith de la Cour supérieure ne lui accorda que des droits de visite et de sortie. Profitant de voyages que son ex-épouse effectua à diverses reprises, le père décida de garder l'enfant avec lui. La mère demanda alors à la Cour supérieure l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, qui fut accueilli et confirmé en appel. Concernant un moyen soulevé par le père, la Cour d'appel, sous la plume du juge Choquette, dit à la p. 186:

D'ailleurs, tout comme un accord de séparation entre époux, l'accord concernant la garde d'un enfant commun ne saurait valoir que pour le temps qu'il subsiste, bien qu'un tel accord puisse influencer sur la détermination future de l'intérêt de l'enfant. En principe, pareil accord, lorsqu'il est rompu, ne saurait prévaloir sur l'intérêt de l'enfant, cet intérêt demeurant toujours la considération primordiale. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Harris c. Webster*, [1975] C.A. 702, la Cour d'appel a dû se pencher sur une convention entre parties divorcées, relative au paiement d'une

nance for their three children. The appellant had made a motion that the agreement, ratified by decree, be amended, in order for her to obtain an increase in child support. The Court of Appeal, dismissing the appeal, refused this request as it considered that a [TRANSLATION] "court may intervene against the wishes of the parties when the interests of the children is at stake" (p. 703, *per* Dubé J.A.).

Dealing with the same type of application in *Droit de la famille* — 157, [1984] C.A. 497, Dubé J.A., for the Court of Appeal, noted at p. 499:

[TRANSLATION] Moreover, it is well known that the *Divorce Act* as well as the *Civil Code* of the province of Quebec give the judge complete discretion to vary orders made pursuant to a separation or divorce, even though those orders were made in accordance with an agreement between the parties, where the parties' circumstances have changed since the divorce decree was granted [Emphasis added.]

With respect to agreements between divorced parties regarding custody and access rights considered by courts, see also *Droit de la famille* — 368, C.A. Montréal, No. 500-09-001589-845, March 17, 1987, C.A.P. 87C-147, and *Droit de la famille* — 1472, C.A. Québec, No. 200-09-000546-918, October 9, 1991, J.E. 91-1639.

The same principles are equally applicable to agreements between unmarried parties regarding access. Reference may be made, for example, to *Droit de la famille* — 353, [1987] R.J.Q. 545, a decision in which the Court of Appeal imposed restrictions on an agreement between parents (who had never married) providing for the right to access by the father, as a result of changes in the religious activities of the father.

I, therefore, conclude that an order ratifying an agreement on custody and/or access is always subject to review in so far as the child's circumstances

pension alimentaire à leurs trois enfants. L'appelante avait demandé, par requête, une modification de l'entente entérinée par jugement, en vue d'obtenir une augmentation de la pension pour ses enfants. La Cour d'appel, rejetant l'appel, refusa cette demande, tout en étant d'avis qu'un «Tribunal peut intervenir à l'encontre du consentement des parties, lorsque l'intérêt des enfants est en jeu» (p. 703, le juge Dubé).

Saisi du même type de requête dans l'affaire *Droit de la famille* — 157, [1984] C.A. 497, le juge Dubé, au nom de la Cour d'appel, précise à la p. 499:

D'ailleurs, il est bien connu que la *Loi sur le divorce* de même que le *Code civil* de la province de Québec reconnaissent au juge entière discrétion de modifier des ordonnances rendues à la suite d'une séparation ou d'un divorce, même si ces ordonnances ont été rendues à la suite d'une entente intervenue entre les parties, en autant que les circonstances entre les parties ont changé depuis que le jugement de divorce a été accordé . . . [Je souligne.]

Au sujet d'ententes entre parties divorcées, relatives à la garde et au droit de visite et de sortie examinées par le tribunal, voir également: *Droit de la famille* — 368, C.A. Montréal, n° 500-09-001589-845, le 17 mars 1987, C.A.P. 87C-147, et *Droit de la famille* — 1472, C.A. Québec, n° 200-09-000546-918, le 9 octobre 1991, J.E. 91-1639.

Les mêmes principes sont tout aussi applicables à l'égard d'ententes entre parties non mariées portant sur le droit de visite et de sortie. On peut consulter à titre d'exemple l'arrêt *Droit de la famille* — 353, [1987] R.J.Q. 545, décision dans laquelle la Cour d'appel a apporté des restrictions à une entente entre les parents (jamais mariés) qui prévoyait des droits de visite et de sortie au père, par suite de changements dans le comportement religieux du père.

Je conclus donc qu'une ordonnance qui entérine une convention statuant sur la garde et/ou sur le droit de visite et de sortie est toujours sujette à révision dans la mesure où les circonstances et l'intérêt de l'enfant le justifient. Ce principe doit

and interests so warrant. This principle must govern the appeal now before this Court.

E. *Application to the Facts of this Case*

Returning to the main issue before the Court, and bearing in mind that the sole criterion in this field is the child's best interests, as mentioned earlier, the only question is whether the trial judge erred as to the applicable criterion, and, if not, whether the facts adduced in evidence support the conclusion he drew from them.

After identifying the applicable guideline as being the child's best interests, the judge appears to have referred to a criterion that goes beyond the one provided for in the Civil Code. His analysis of the evidence led him to conclude that the appellant's right to access should be restricted, even applying this stricter standard.

The evidence disclosed *inter alia* that the appellant did 20 to 25 hours a week of preaching and solicitation, mainly door-to-door, and only worked for 16 to 20 hours a week as a cleaner to provide for his basic necessities. He devoted the rest of his time to reading the Bible and studying his religion. He cannot be faulted for these activities, as such. However, he sought to impose his religion on everyone around him. The evidence also indicates that when she was very young, C. was influenced by her father's teaching, so much so that she repeated up to 15 times a day on returning from visits with the appellant that [TRANSLATION] it is "Jehovah [who] made [C.], [who] made the moon, [who] made the stars, [who] made everything". The child also told the respondent that the appellant had told her that [TRANSLATION] "it was not good to celebrate Christmas" and not to dress up on Halloween. The evidence further discloses that the appellant took the child to Montréal to a religious meeting without the respondent's knowledge and that he did not observe the terms of the agreement regarding his visiting rights, often bringing C. back to the respondent's home late without telling her and neglecting to give her the necessary 24-hour notice before the visit.

recevoir application dans le pourvoi dont nous sommes présentement saisis.

E. *Application aux faits de l'espèce*

Revenant à la question principale dont nous sommes saisis, et compte tenu que le seul critère en la matière est le meilleur intérêt de l'enfant comme je l'ai exposé précédemment, il s'agit uniquement de déterminer si le premier juge a erré quant au critère applicable et, dans la négative, si les faits mis en preuve justifient la conclusion qu'il en a tirée.

Après avoir identifié le guide en la matière comme étant le meilleur intérêt de l'enfant, le juge semble, toutefois, s'être référé à un critère qui va au-delà de celui prévu au Code civil. Son analyse de la preuve l'a amené à conclure qu'il y avait lieu de restreindre le droit de visite et de sortie de l'appelant, même en appliquant ce critère plus exigeant.

La preuve révèle, entre autres, que l'appelant faisait de 20 à 25 heures par semaine de prédication et de sollicitation, constituées en majeure partie de porte à porte, ne travaillant que 16 à 20 heures par semaine dans le domaine du nettoyage pour subvenir à ses besoins vitaux. Il consacrait le reste de son temps à la lecture de la Bible et à l'étude de sa religion. On ne saurait lui reprocher ces activités en soi. Cependant, il tentait d'imposer sa religion à tout son entourage. La preuve indique également que C., très jeune, a été influencée par les enseignements de son père, au point de répéter jusqu'à 15 fois par jour au retour de ses visites avec l'appelant que c'est «Jéhovah [qui] a fait [C.], a fait la lune, a fait les étoiles, a tout fait». De plus, l'enfant a rapporté à l'intimée que l'appelant lui avait dit que «ce n'était pas beau de célébrer Noël» et de ne pas se déguiser à l'Halloween. La preuve révèle aussi que l'appelant a amené l'enfant à Montréal à une réunion religieuse à l'insu de l'intimée et qu'il n'a pas respecté les modalités de l'entente quant à ses droits de visite, ayant, entre autres, souvent ramené C. en retard chez l'intimée sans l'en avertir et négligé de lui donner le préavis requis de 24 heures précédant la visite ou la sortie.

Without specifically mentioning in his judgment each and every piece of evidence he considered, the trial judge saw and heard this evidence, evidence which was not contradicted in any way. He must certainly have weighed the witnesses' credibility and he concluded that the evidence met an even more stringent criterion. *A fortiori* he would have found this evidence sufficient to meet the less stringent test of the child's best interests. My reading of the evidence leads me to the same conclusion.

The trial judge concluded, as a question of fact, that restrictions should be placed on the appellant's right to access to C. He noted the appellant's "religious fanaticism" and "intransigent behaviour", observing at p. 42:

[TRANSLATION] In the case of a young child (3½ years old as in the case at bar), courts may impose limits on the practice of religion in the child's best interests.

This reasoning fully applies to the facts disclosed in the case at bar.

I entirely agree with the conclusion of Vallerand J.A., affirming the judgment, when he says at p. 308:

[TRANSLATION] . . . a young girl 3½ years old must be able to benefit fully from her childhood without being constantly bothered by conflicts, namely whether God is in heaven or in her heart, whether or not she should put on a clown's costume for Halloween, and so on. At that particularly vulnerable age, where, as everyone knows, psychological and emotional traumas often prove to be irreversible, there is no need to wait for such traumas to occur before intervening. The risk is unacceptable and the proposition that she should run the risk before being protected is inadmissible.

It is well established that a court of appeal must not intervene in the determinations and findings of fact made by a trial judge unless an error has been demonstrated. It is well-settled case law that a court of appeal will only intervene in a trial judge's findings of fact if the judge has made a

Le premier juge, sans faire mention spécifiquement au cours de son jugement de chacun des éléments de preuve qu'il a considérés, a vu et entendu cette preuve qui n'a, en outre, été contredite d'aucune façon. Il n'a pas été sans apprécier la crédibilité des témoins et il a conclu que la preuve satisfaisait même à un critère plus exigeant. *A fortiori* aurait-il trouvé cette preuve suffisante au regard du test moins exigeant du meilleur intérêt de l'enfant. Ma lecture de la preuve m'amène à la même conclusion.

Le premier juge a conclu, comme question de fait, qu'il y avait lieu de restreindre le droit de visite et de sortie de l'appelant à C. Il a constaté le «fanatisme religieux» de l'appelant, de même qu'un «comportement intransigeant» de sa part. Comme il le dit lui-même à la p. 42:

Lorsqu'il s'agit d'un jeune enfant (âgé de trois ans et demi comme dans le présent litige), les tribunaux peuvent imposer des limites à l'exercice de la pratique religieuse dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Ce raisonnement s'applique entièrement aux faits révélés par le présent litige.

Je ne saurais être plus en accord avec la conclusion du juge Vallerand, confirmant le jugement, lorsqu'il dit à la p. 308:

. . . une fillette de 3 ans et demi doit pouvoir jouir pleinement de sa petite enfance sans être constamment troublée par des conflits à savoir si Dieu est au ciel ou dans son cœur, s'il convient ou pas d'endosser un costume de clown à l'occasion de l'Halloween, etc. Point n'est besoin d'attendre qu'à cet âge particulièrement vulnérable où, chacun le sait, les atteintes psychiques et affectives s'avèrent souvent être irréversibles, d'attendre donc que pareilles atteintes se manifestent pour intervenir. Le risque est inacceptable, et est inadmissible la proposition qu'il faut le lui faire courir avant que de la protéger.

Il est reconnu qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les déterminations et conclusions de fait d'un juge de première instance à moins d'erreur de sa part. Selon une jurisprudence bien établie, une cour d'appel n'interviendra dans les conclusions de fait du juge du procès que si le juge a commis une

manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or drawn erroneous conclusions from it. See *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at pp. 572-73 (per Gonthier J.); *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-61 (per L'Heureux-Dubé J.); *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, at p. 205 (per Gonthier J.); *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 794 and 799 (per L'Heureux-Dubé J.); *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683 (per Dickson C.J.); *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at p. 9 (per Lamer J.); *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84 (per Laskin C.J.); *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at p. 504 (per Spence J.); *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371, at p. 382 (per de Grandpré J.); and *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, at p. 293 (per Fauteux J.). No such error by the trial judge is present here. The Court of Appeal found none nor did I.

In view of the foregoing, in the absence of any error of principle by the trial judge or error in assessing the evidence, which, in any case, was not disputed, I agree that the majority of the Court of Appeal was right not to intervene.

F. Conclusion

In summary, the test applicable to the right to access in respect of a minor child by a non-custodial parent is that of the child's best interests, in accordance with art. 30 C.C.L.C. The child should be the focus of the court's concerns as it is the child's rights which are at issue, not those of the parents. The criterion of the child's best interests does not simply mean that the child must not suffer harm. Rather it means that the child is entitled to the best possible conditions in order to protect its best interests, taking into account the circumstances of the child and those of its parents and a range of factors such as age, sex, religion, needs, resources, and so on, as provided by art. 30 C.C.L.C., which governs this dispute between unmarried parties who are parents of a young

erreur manifeste, a ignoré une preuve déterminante ou un élément de preuve pertinent, ou a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. Voir les arrêts *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, aux pp. 572 et 573 (le juge Gonthier); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, aux pp. 358 à 361 (le juge L'Heureux-Dubé); *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, à la p. 205 (le juge Gonthier); *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, aux pp. 794 et 799 (le juge L'Heureux-Dubé); *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683 (le juge en chef Dickson); *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, à la p. 9 (le juge Lamer); *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, à la p. 84 (le juge en chef Laskin); *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, à la p. 504 (le juge Spence); *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, à la p. 382 (le juge de Grandpré); et *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293 (le juge Fauteux). Aucune telle erreur de la part du juge du procès n'est ici présente. La Cour d'appel n'en relève aucune et je partage cette conclusion.

Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'erreur de principe du premier juge et d'erreur dans l'appréciation d'une preuve, par ailleurs, non contestée, la Cour d'appel à la majorité a eu raison de ne pas intervenir.

F. Conclusion

En résumé, le test applicable en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde est celui du meilleur intérêt de l'enfant, selon l'art. 30 du C.c.B.-C. L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux, car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique pas simplement que l'enfant ne doit pas subir de préjudice caractérisé. Ce critère signifie plutôt que l'enfant a droit aux meilleures conditions possibles en vue de son meilleur intérêt, compte tenu des circonstances dans lesquelles cet enfant se trouve ainsi que celles de ses parents, et d'un ensemble de facteurs tels l'âge, le sexe, la religion, les besoins, les ressources, etc., comme l'édicte l'art. 30 C.c.B.-C. qui chapeaute ce

child. Any agreement in this regard may be varied by the court if the child's interest so requires.

litige entre parties non mariées, parents d'un enfant en bas âge. Toute entente à cet égard peut être modifiée par le tribunal si l'intérêt de l'enfant l'exige.

a

The criterion of the child's best interests set out in the Civil Code confers a broad discretion on the courts. This does not mean, however, that it is contrary to the Constitution or that it is vague within the meaning of ss. 1 and 7 of the *Charter*.

b

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu au Code civil confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la Constitution, ni n'est imprécis pour autant au sens de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte*.

The case at bar is not a war of religion. It is simply a question of determining where the best interests of the child C. lie in respect of the rights of access of a non-custodial parent. The *Charter* does not apply to the order made by the trial judge, apart from exceptional circumstances not present here, as the judiciary is not covered by s. 32 of the *Charter*. In any case, even if the *Charter* applied, none of its provisions would be infringed here, in particular the freedom of religion and of expression relied on by the appellant, and s. 1 has no application.

c

d

e

Le présent litige n'est pas une guerre de religion. Il s'agit uniquement de décider où se situe le meilleur intérêt de l'enfant C. au regard des droits de visite et de sortie d'un parent non chargé de la garde. La *Charte* ne s'applique pas à l'ordonnance émise par le juge du procès, sauf circonstances exceptionnelles non ici présentes, car le pouvoir judiciaire n'est pas visé par l'art. 32 de la *Charte*. À tout événement, même si la *Charte* s'appliquait, aucune de ses dispositions ne serait ici violée, en particulier les libertés de religion et d'expression invoquées par l'appelant, et l'article premier n'a pas d'application.

As the trial judge made no error of principle and no error in his determination of the facts on the evidence, I agree with the majority of the Court of Appeal that there was no basis for intervention.

f

g

Le premier juge n'ayant commis aucune erreur de principe ni dans la détermination des faits au regard de la preuve, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel qu'il n'y avait pas lieu à intervention.

I would accordingly dismiss the appeal with costs throughout.

h

The constitutional questions should be answered as proposed by my colleague Madame Justice McLachlin.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Je répondrais aux questions constitutionnelles comme le propose ma collègue, madame le juge McLachlin.

i

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. (dissenting) — Subject to my comments in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3 (released concurrently herewith), I agree with McLachlin J.

j

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Sous réserve des commentaires que j'ai faits dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 (rendu simultanément), je suis d'accord avec le juge McLachlin.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — We have read with great interest the reasons of our colleagues L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. We agree that the fundamental issue to be determined in cases involving custody or access is what the disposition of the case would be in the best interests of the child.

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Nous avons lu avec beaucoup d'intérêt les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin. Nous sommes d'accord que la question fondamentale dans les affaires de garde ou de droit de visite et de sortie est de savoir quelle solution sera dans l'intérêt de l'enfant.

Neither differences of opinions of parents regarding religious questions nor the frank discussion of their differing religious perceptions by both parents with the children will be automatically harmful. Indeed it may often be beneficial. We would repeat a portion of our reasons in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 110-11, which were to this effect:

Ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants des perceptions religieuses des deux parents ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses. Nous désirons répéter une partie de nos motifs dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 110 et 111:

We find it difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations or exchanges between a parent and child should be rarely ordered in our view. To take an example, suppose custodial Parent A is a member of a fundamentalist religion and access Parent B is a scientist who espouses the pure Darwinian theory of evolution. We find it unacceptable that Parent B should be ordered, under the rubric of the best interests of the child test, not to discuss or explain his views to his child as opposed to being forbidden from indoctrinating or otherwise undermining the religious choice made by the custodial parent for the child or children involved. Surely the best interests of the child test embraces genuine discussion of religious belief as opposed to indoctrination, enlistment or harassment, having the aim or effect of undermining the religious decision made by the custodial parent.

Il nous est difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou informels entre un parent et son enfant devrait, à notre avis, être rarement ordonnée. Supposons, par exemple que A, parent qui a la garde, est membre d'une religion fondamentaliste et que B, parent jouissant d'un droit d'accès, est un scientifique qui embrasse la théorie darwinienne pure de l'évolution. Nous estimons inacceptable qu'il faille interdire à B, en vertu de la norme de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec son enfant ou de les expliquer, par opposition à lui interdire de l'endoctriner ou de miner d'autre façon le choix religieux qu'a fait le parent qui a la garde pour le ou les enfants en cause. L'intérêt de l'enfant englobe certainement une discussion franche sur la croyance religieuse, par opposition à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement qui a pour objectif de miner la décision du parent qui a la garde sur la question de la religion.

The decision of the trial judge in this case is quite frankly troublesome. There was very little evidence that access by the father was not beneficial to the child. However there was some evidence that the child's behaviour after visits with the father was such that it might be interpreted they had been disturbing for her. As a result it might be said to be in her best interests to place some limitations on the father's access. The trial judge did interpret the evidence as demonstrating

La décision du juge de première instance en l'espèce est très franchement embarrassante. Il y avait très peu d'éléments de preuve que le droit de visite et de sortie exercé par le père n'était pas avantageux pour l'enfant. Toutefois, il ressort de certains éléments de preuve que d'après le comportement de l'enfant après les visites de son père on pouvait déduire qu'elles avaient été perturbantes pour elle. En conséquence, on pourrait dire qu'il serait dans son intérêt que le droit de visite et

that the child was disturbed by the father's repeated references to his religious beliefs and imposed limitations on the father's access.

On issues of credibility, a trial judge is uniquely well placed to make the necessary findings. An appellate court should, apart from exceptional situations, refrain from interfering with those findings.

Similarly the trial judge is in the best position to assess evidence pertaining to the best interests of the child. It is the trial judge who not only hears the evidence but also has the great advantage of watching the demeanour of all who testify. It is the trial judge who can take into account the significant pauses in the responses, the changes in facial expression, the looks of anger, confusion and concern. In the vast majority of cases as a result of hearing and seeing all the witnesses, it is the trial judge who is in the most advantageous position to determine the best interests of the child. Here the trial judge was aware of and applied the test of the best interests of the child and to that end imposed the two conditions upon visitation. Although we would not have imposed them, they are not so unreasonable as to require amendment. It follows that despite our misgivings, his decision should be upheld. We therefore agree with the disposition of the appeal proposed by L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This case, heard concurrently with *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, challenges the constitutionality of arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec* ("C.C.Q."), and of art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). It also raises the question of whether, if the articles are constitutional, the courts below erred in interpreting them so as to permit restrictions on the access of the appellant, more particularly, orders that he not "continually indoctrinate"

de sortie du père soit restreint. Selon le juge de première instance, la preuve démontrait que l'enfant était perturbée par les références répétées de son père à ses croyances religieuses, et il a imposé des restrictions au droit de visite et de sortie du père.

Sur les questions de crédibilité, le juge de première instance est le mieux placé pour rendre les décisions qui s'imposent. Une cour d'appel devrait, sauf dans les situations exceptionnelles, s'abstenir d'intervenir dans ces décisions.

De même, le juge de première instance est le mieux placé pour évaluer la preuve relative à l'intérêt de l'enfant. Non seulement le juge de première instance entend les témoignages, mais il a également le grand avantage d'observer le comportement de tous les témoins. Il peut tenir compte des pauses importantes dans les réponses, des modifications de la physionomie, des regards de colère, de la confusion et de l'inquiétude. Dans la très grande majorité des cas, parce qu'il a entendu et vu tous les témoins, c'est le juge de première instance qui est dans la position la plus avantageuse pour déterminer l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, le juge de première instance était au courant du critère de l'intérêt de l'enfant, l'a appliqué et, à cette fin, a imposé les deux conditions aux visites. Bien que nous ne les aurions pas imposées, elles ne sont pas déraisonnables au point de nous amener à les modifier. Il en découle que, malgré notre réticence, il convient de maintenir sa décision. Par conséquent, nous sommes d'accord avec la manière dont le juge L'Heureux-Dubé propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi, entendu en même temps que l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, porte sur la contestation de la constitutionnalité des art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.») et de l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.»). Il soulève également la question de savoir si, dans le cas où les articles sont constitutionnels, les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur lorsqu'ils les ont interprétés de manière à restreindre

his child with the beliefs of the Jehovah's Witness faith, that he not take her to the meetings or ceremonies of his faith, and that he not take her on any door-to-door canvassing activities.

The impugned articles of the Civil Codes read:

Article 30 *C.C.L.C.*:

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.

Articles 653 and 654 *C.C.Q.*:

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.

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.

I note immediately, because the argument was raised by the appellant, that this appeal does not raise an issue of the deprivation of parental authority, and there is no need for the Court to consider the civil law notions of "*autorité parentale*" and "*garde*" for the purpose of disposing of this appeal. Article 648 *C.C.Q.* provides that parents of a child have parental authority, irrespective of their marital status; the courts by virtue of art. 654 are the arbitrators of disputes between the holders of parental authority, when such disputes arise. The courts below did precisely as this latter article contemplates, and arbitrated such a dispute; no deprivation of parental authority was involved.

dre le droit de visite et de sortie de l'appelant, plus particulièrement, en stipulant qu'il n'a pas le droit d'«endoctriner continuellement» son enfant avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah, de l'amener dans les réunions ou les cérémonies de sa religion, ni de l'amener avec lui faire de la prédication de porte en porte.

Voici le texte des articles des Codes civils qui sont contestés:

L'article 30 *C.c.B.-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.

Les articles 653 et 654 *C.c.Q.*:

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.

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.

Je signale immédiatement, parce que l'argument a été soulevé par l'appelant, que le présent pourvoi ne soulève pas la question de la déchéance de l'autorité parentale, et il n'est pas nécessaire que la Cour examine les notions de droit civil d'«autorité parentale» et de «garde» pour trancher la question en litige. L'article 648 *C.c.Q.* prévoit que les parents d'un enfant sont les titulaires de l'autorité parentale, peu importe leur état matrimonial; les tribunaux, en vertu de l'art. 654, sont les arbitres des litiges entre les titulaires de l'autorité parentale, lorsque de tels litiges surviennent. Les tribunaux d'instance inférieure ont précisément agi en application de cet article et ont joué le rôle d'arbitres relativement à un tel litige; il n'y a pas eu déchéance de l'autorité parentale.

The dispute takes the following character. The mother of the child objected to the fact that the father, on access visits, taught the child the teachings of his faith. The child was very young. She was influenced by the teachings of her father. There was evidence that when the child would return home from visiting her father, she made repeated references to "Jehovah", i.e. [TRANSLATION] "Jehovah made [C.], made the moon, made the stars, made everything". The child told the mother that her father said that it was wrong to dress up on Halloween and wrong to celebrate Christmas, there being no Santa Claus. Finally, the evidence indicates that the father took the child to a reunion of Jehovah's Witnesses in Montreal, without the mother's prior consent. This reunion was attended by many parents with children. For this act, and others which the mother thought objectionable, the mother denied the father the opportunity to see the child outside of her home.

The trial judge's finding that the appellant [TRANSLATION] "took the child for a few hours while he was going door-to-door spreading his religion" ([1988] R.D.F. 40, at p. 41) is nowhere supported in the transcripts of evidence. More importantly, there was no evidence that the child suffered, or was likely to suffer, any psychological or physical harm as a result of any of the foregoing conduct or teaching.

The trial judge made the orders to which I have alluded above. He applied the "best interests of the child" standard, and interpreted this standard as, in this context, requiring some demonstration that the father's activities were harmful (*nuisibles*) to the child. He was prepared to assume that where the religious views of separated parents conflict, and where the child in question is not of an age where she can choose for herself between religions, the existence of harm incompatible with the best interests of the child is incontestable.

The Court of Appeal affirmed the orders: [1991] R.J.Q. 306. The majority found that there were no

Le litige est le suivant. La mère de l'enfant s'est opposée au fait que le père, lors de l'exercice de son droit de visite et de sortie, ait inculqué à l'enfant les enseignements de sa foi. L'enfant était très jeune. Elle était influencée par les enseignements de son père. Il ressort de la preuve que lorsque l'enfant revenait à la maison après avoir rendu visite à son père, elle faisait souvent référence à «Jéhovah», c.-à-d. «Jéhovah a fait [C.], a fait la lune, a fait les étoiles, a tout fait.» L'enfant a raconté à sa mère que son père lui avait dit que c'était mal de se déguiser à l'Halloween et de célébrer Noël, car le Père Noël n'existait pas. Enfin, selon la preuve, le père aurait amené l'enfant à une réunion des Témoins de Jéhovah à Montréal, sans le consentement préalable de sa mère. Un grand nombre de parents accompagnés d'enfants assistaient à cette réunion. En raison de cet acte et d'autres que la mère jugeait répréhensibles, celle-ci a refusé au père la possibilité de voir l'enfant à l'extérieur de sa maison.

La conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelant «a déjà amené l'enfant pendant plusieurs heures alors qu'il faisait du porte en porte pour répandre sa religion» ([1988] R.D.F. 40, à la p. 41) n'est nullement appuyée par les notes sténographiques des témoignages. Plus important encore, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que l'enfant ait subi, ou ait été susceptible de subir, un préjudice psychologique ou physique par suite de la conduite ou des enseignements mentionnés précédemment.

Le juge de première instance a rendu les ordonnances auxquelles j'ai fait allusion précédemment. Il a appliqué le critère de l'intérêt de l'enfant et l'a interprété comme exigeant dans le contexte une certaine démonstration que les activités du père étaient nuisibles pour l'enfant. Il était prêt à présumer que lorsque les principes religieux de parents séparés sont différents et lorsque l'enfant en question n'est pas d'âge à faire elle-même un choix entre les religions, l'existence d'un préjudice incompatible avec l'intérêt de l'enfant est incontestable.

La Cour d'appel a confirmé les ordonnances: [1991] R.J.Q. 306. La cour a conclu, à la majorité,

grounds for overturning the findings of fact below, which, while partially erroneous, supported the orders. The majority also appears to have accepted a lower evidentiary standard in determining the best interests of the child, stating (at p. 308):

[TRANSLATION] At that particularly vulnerable age, where, as everyone knows, psychological and emotional traumas often prove to be irreversible, there is no need to wait for such traumas to occur before intervening. The risk is unacceptable and the proposition that she should run the risk before being protected is inadmissible.

Proulx J.A. dissented, in part, on the ground that he did not agree that the evidence supported the inference of harm from attendance at religious meetings or ceremonies. He added that there was no evidence that the appellant's door-to-door canvassing could harm the child, and indeed, no evidence that the child had accompanied the appellant on such activities. Proulx J.A. accordingly found that the trial judge's second order should be struck in its entirety, although it should be noted that he so found because he presumed that the appellant would be bound by the first order.

1. The Constitutionality of Arts. 653 and 654 C.C.Q. and Art. 30 C.C.L.C.

Articles 653 and 654 C.C.Q. and art. 30 C.C.L.C. affirm the "best interests of the child" standard — the same standard as in the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 16(10) and 17(5). These sections, and the standard in particular, are considered in *Young, supra*, released concurrently. The analysis of the constitutionality of the standard under the *Divorce Act*, applies equally to the articles of the Civil Codes impugned in this appeal, and need not be repeated here. The standard, and the articles that set it forth, are constitutional, and infringe no entrenched rights.

qu'il n'y avait aucun motif pour infirmer les conclusions de fait du juge de première instance, qui, bien qu'erronées en partie, appuyaient les ordonnances. La cour, à la majorité, paraît également avoir accepté une norme moins élevée en matière de preuve pour déterminer l'intérêt de l'enfant, lorsqu'elle a dit (à la p. 308):

Point n'est besoin d'attendre qu'à cet âge particulièrement vulnérable où, chacun le sait, les atteintes psychiques et affectives s'avèrent souvent être irréversibles, d'attendre donc que pareilles atteintes se manifestent pour intervenir. Le risque est inacceptable, et est inadmissible la proposition qu'il faut le lui faire courir avant que de la protéger.

Le juge Proulx était dissident en partie au motif qu'il n'était pas d'accord pour dire que la preuve appuyait la conclusion que la présence à des réunions ou à des cérémonies religieuses pouvait nuire à l'enfant. Il a ajouté qu'il n'y avait aucun élément de preuve que la prédication de porte en porte de l'appelant ait pu causer un préjudice à l'enfant, et, en fait, la preuve ne démontrait nullement que l'enfant ait accompagné l'appelant à de telles activités. Par conséquent, le juge Proulx a conclu qu'il convenait d'annuler entièrement la deuxième ordonnance du juge de première instance, bien qu'il faille souligner qu'il est arrivé à cette conclusion parce qu'il a présumé que l'appelant serait lié par la première ordonnance.

1. La constitutionnalité des art. 653 et 654 C.c.Q. et de l'art. 30 C.c.B.-C.

Les articles 653 et 654 C.c.Q. et l'art. 30 C.c.B.-C. reconnaissent le critère de «l'intérêt de l'enfant» — le même critère que dans les par. 16(8), 16(10) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Ces paragraphes, et le critère en particulier, sont examinés dans l'arrêt *Young*, précité, rendu simultanément. L'analyse de la constitutionnalité du critère visé dans la *Loi sur le divorce* s'applique également aux articles des Codes civils contestés dans le présent pourvoi, et il n'est pas nécessaire de la reprendre en l'espèce. Le critère et les articles qui l'énoncent sont constitutionnels et ne portent atteinte à aucun droit inscrit dans la Constitution.

2. The Application of the Test

The trial judge below concluded that in order to justify limits on the activities and speech of an access parent when with his child, there must be some indication that the impugned activities might harm the child. He correctly identified the risk of harm to the child as an important factor in determining the best interests of the child where the issue is whether a parent can share his religious beliefs with his child: see my reasons in *Young*.

This issue aside, where all of the judges below erred, with great respect to each, is in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching. In short, there was nothing in the record to offset the benefit which might accrue to the child from learning to know her father fully, including his religious values. There was no evidence that the conflict between her parents' religious beliefs was creating any problems for the child. It is not uncommon for married couples to have different beliefs, nor for one or both to wish to impart their beliefs to their children. It is not suggested that children in such families suffer harm. Nor, it seems to me, should it be assumed of children whose parents are separated. Indeed, the provisions of the *Civil Code of Quebec* suggest that no such distinction can be made: see art. 648. The fact that the mother wanted, as she put it, her child to grow up with the same joy in Halloween and Christmas as she had grown up with (at p. 136 C.O.A.) is insufficient to support an order forbidding the father to impart his views on such holidays. Nor is the fact that the mother felt the father spoke too much about his religion with the child sufficient in itself to justify an order restricting

2. L'application du critère

Le juge de première instance a conclu que pour justifier des restrictions aux activités et au droit de parole d'un parent ayant un droit de visite et de sortie lorsqu'il est avec son enfant, il doit y avoir une certaine indication que les activités reprochées pourraient porter préjudice à l'enfant. Il a, à bon droit, jugé que le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir si un parent peut partager ses croyances religieuses avec son enfant: voir mes motifs dans l'arrêt *Young*.

Outre cette question, je suis d'avis, avec égards, que tous les juges des juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu'ils ont déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des questions religieuses et qu'ils en ont conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant. Bref, rien dans le dossier ne l'emporte sur les avantages que l'enfant pourrait retirer du fait de connaître pleinement son père, ce qui comprend ses valeurs religieuses. Aucun élément de preuve n'indique que le conflit entre les parents au sujet de leurs croyances religieuses créait des problèmes à l'enfant. Il n'est pas inhabituel que des personnes mariées aient des croyances différentes et que l'une d'elles ou les deux désirent imposer leurs croyances à leurs enfants. Cela ne veut pas dire que les enfants de ces familles subissent un préjudice. À mon avis, il ne faut pas arriver à une conclusion différente dans le cas des enfants dont les parents sont séparés. En fait, il ressort des dispositions du *Code civil du Québec* qu'une telle distinction ne peut être établie: voir l'art. 648. Le fait que la mère voulait, selon ses termes, que son enfant profite des joies de l'enfance qu'elle-même a connues à l'Halloween et à Noël (à la p. 136 du dossier) n'est pas suffisant pour appuyer l'ordonnance qui interdit au père d'émettre son opinion au sujet de ces fêtes. Il n'est pas suffisant non plus que la mère ait été d'avis que le père parlait trop de sa religion à l'enfant pour justifier une ordonnance interdisant à ce dernier de le faire «continuelle-

him from "continually" doing so (presuming that such an order could be enforced).

In the absence of evidence capable of outweighing the benefit of full and free access, the court should not have interfered with the access parent's activities, in my view. I would allow the appeal and set aside the orders. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the interest of the child" deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b), and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 1, there is no need to answer this question.

3. Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* violate the guarantees to equality set out in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 3 there is no need to answer this question.

The respondent requests costs on a solicitor-client basis, which she justifies by submitting that the appellant did not raise a meritorious argument that he receive custody, and that those allegedly financing him have used this appeal as a means of promoting and gaining publicity for the "cause" of

ment» (en présumant qu'une telle ordonnance puisse être appliquée).

En l'absence de preuve pouvant compenser l'avantage d'un droit de visite et de sortie libre et entier, la cour n'aurait pas dû, à mon avis, se mêler des activités du parent ayant un droit de visite et de sortie. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent être prises «dans l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

3. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* violent-ils les garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

L'intimée a demandé que les dépens soient taxés comme entre procureur et client, ce qu'elle justifie en soutenant que l'appelant n'a pas présenté d'argument suffisant pour que la garde lui soit accordée, et que ceux qui l'auraient soutenu financièrement se sont servis du présent pourvoi à des fins de

the Jehovah's Witness faith, adding unnecessary expense. I am not entirely unsympathetic to the respondent's concerns, to the extent that the appellant here made allegations which were not directly relevant to the outcome of this particular case. I do not find, however, that these actions on the part of the appellant were sufficiently egregious as to permit the award of solicitor-client costs. I refer to the discussion of the propriety of such an award in *Young*.

In the circumstances of this case, I would order that each party bear his or her own costs of this appeal.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Solicitors for the respondent: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Department of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada: Milner Fenerty, Edmonton.

promotion et de publicité de la «cause» des Témoins de Jéhovah, ce qui a ajouté des frais inutiles. Je n'écarte pas entièrement les préoccupations de l'intimée, dans la mesure où, en l'espèce, l'appelant a présenté des arguments qui n'étaient pas directement pertinents pour le règlement du présent pourvoi. Toutefois, à mon avis, ces actions de la part de l'appelant n'étaient pas suffisamment déplacées pour justifier l'attribution de dépens comme entre procureur et client. Je renvoie à l'analyse du bien-fondé d'une telle attribution dans l'arrêt *Young*.

Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie supporte ses propres frais du présent pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Procureurs de l'intimée: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner Fenerty, Edmonton.