

Karen King *Appellant*;

and

George Low and Barbara Jean Low
Respondents.

File No.: 17759.

1984: May 23; 1985: March 14.

Present: Dickson C.J. and Ritchie*, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE NORTHWEST TERRITORIES

Infants — Custody — Natural mother claiming custody of child after giving him up for adoption — Welfare of the child paramount consideration — Parens patriae jurisdiction — Child's interests best served by leaving him with adoptive parents — Domestic Relations Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 28(1), 35(2), 37, 39.

Appellant, an unwed mother, fearing parental disapproval, gave her son up for adoption a few days after his birth to a couple carefully chosen by her. Less than three months later, appellant requested the child's return and, when the respondent adoptive parents refused, she revoked her consent to the still incomplete adoption and sought an order restoring him to her custody under s. 28(1) of the *Domestic Relations Ordinance*. The trial judge dismissed the application pursuant to s. 37(b) of the Ordinance as he found her "unmindful of her parental duties" because of her surrender of the child to the respondents. He then considered the welfare of the child as prescribed by that section, and found that, although both parties could provide the child with satisfactory upbringing, the child's best interests would not be served by returning him to his natural mother. The benefits to the child of maintaining the blood ties to his natural mother were outweighed by those resulting from maintenance of his present home stability and his existing parental bounds to the adoptive parents. The majority of the Court of Appeal upheld the judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

This case may be dealt with on the general consideration of the welfare of the child. Indeed, where the governing statute preserves and dictates the application of the rules of equity (s. 39 of the *Domestic Relations Ordinance*), the Court in exercising its *parens patriae*

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Karen King *Appelante*;

et

George Low et Barbara Jean Low *Intimés.*

N° du greffe: 17759.

1984: 23 mai; 1985: 14 mars.

b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie*, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES
DU NORD-OUEST

c Mineurs — Garde — Réclamation par la mère naturelle de la garde de son enfant après l'avoir donné en adoption — Importance primordiale du bien-être de l'enfant — Compétence parens patriae — Intérêts de l'enfant mieux servis en le laissant avec ses parents adoptifs — Ordonnance sur les relations familiales, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 28(1), 35(2), 37, 39.

L'appelante, une mère célibataire qui craignait la désapprobation de ses parents, a donné son fils en adoption quelques jours après sa naissance à un couple qu'elle avait soigneusement choisi. Moins de trois mois plus tard, l'appelante a demandé à ravoir son enfant et, devant le refus des parents adoptifs intimés, elle a répudié son consentement à l'adoption non encore complétée et a demandé d'ordonner que l'enfant lui soit rendu conformément au par. 28(1) de l'*Ordonnance sur les relations familiales*. Le juge de première instance a rejeté cette demande conformément à l'al. 37(b) de l'*Ordonnance* après avoir conclu que la mère avait «négligé ses devoirs de parent» en remettant l'enfant aux intimés. Il a ensuite pris en considération le bien-être de l'enfant comme le prescrit cette disposition et il a conclu que, même si les deux parties pouvaient fournir à l'enfant une éducation satisfaisante, il ne serait pas dans l'intérêt de celui-ci de le rendre à sa mère. Les avantages pour l'enfant de maintenir le lien du sang avec sa mère naturelle sont moindres que ceux qu'il y a à le laisser à la stabilité de son foyer actuel et à maintenir ses liens avec ses parents adoptifs. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement.

i Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Cette affaire peut être tranchée selon la considération générale du bien-être de l'enfant. En fait, lorsque la loi applicable maintient et prescrit l'application des règles d'*equity* (art. 39 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*), la Cour, en exerçant sa compétence *parens*

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

jurisdiction in questions of contested custody, including contests between a natural parent and adoptive parents, must consider the welfare of the child the predominant factor and give it effect in reaching its determination. This was done by the trial judge and the majority of the Court of Appeal.

The welfare of the child must be decided on a consideration of all relevant factors, including the general psychological, spiritual and emotional welfare of the child. The Court must choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult. Parental claims must be seriously considered but must be set aside where the welfare of the child requires it.

Cases Cited

Re Moores and Feldstein (1973), 12 R.F.L. 273, applied; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, considered; *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52; *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343; *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84, not followed; *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601, approved [1970] S.C.R. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396; *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245; *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243; *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631; *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165; *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534; *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Child Welfare Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 84, 85.

Domestic Relations Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, ss. 28(1), 35(2), 37, 39.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, *sub nom. A. v. B.*, [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, affirming a judgment of the Supreme Court, *sub nom. K.K. v. G.L.*, [1983] N.W.T.R. 97, dismissing appellant's application for the custody of her child. Appeal dismissed.

patriae dans des litiges portant sur la garde d'un enfant, y compris dans des litiges opposant un parent naturel et des parents adoptifs, doit considérer que le bien-être de l'enfant est le facteur primordial et lui donner effet dans sa décision. C'est ce qu'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel à la majorité.

Le bien-être de l'enfant doit être déterminé en fonction de tous les facteurs pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. La Cour doit choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte. Les demandes des parents doivent être examinées avec attention, mais doivent être écartées lorsque le bien-être de l'enfant l'exige.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; arrêts examinés: *Beson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; arrêts non suivis: *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52; *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343; *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84; arrêts mentionnés: *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601, approuvé à [1970] R.C.S. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396; *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245; *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243; *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631; *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165; *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534; *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232.

Lois et règlements cités

Ordonnance sur la protection de l'enfance, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 84, 85.

Ordonnance sur les relations familiales, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9, art. 28(1), 35(2), 37, 39.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, *sub nom. A. v. B.*, [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, qui a confirmé un jugement de la Cour suprême, *sub nom. K.K. v. G.L.*, [1983] N.W.T.R. 97, qui avait rejeté la demande de l'appelante en vue d'obtenir la garde de son enfant. Pourvoi rejeté.

James R. Scott and Teresa Bereznicki-Korol,
for the appellant.

B. A. Crane, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves a contest over the custody of a child, born out of wedlock, between the appellant mother and the respondents with whom the mother placed the child for adoption a few days after its birth. The Supreme Court of the Northwest Territories at trial, and the Court of Appeal of the Northwest Territories, have resolved the issue in favour of the adoptive parents. The mother's appeal to this Court is by leave granted September 27, 1983.

The mother has until recently resided in the Northwest Territories. She is now about 27 years of age. She went there with her family at the age of 16 and remained when the family moved to Ontario. After finishing high school she completed training as a heavy equipment operator and has apparently had no difficulty in obtaining employment in that field. She has also served from time to time as a child-care attendant in a receiving home for children in Inuvik, and as well she has been active in child care and in the supervision of recreational youth programs.

When she became pregnant the father of the child quit his job and left the Northwest Territories. He has not shown any interest in the child and there is no prospect of any reconciliation or further involvement in the matter on his part. The mother was accordingly left to cope with the matter alone. She feared parental disapproval. There had been difficulties in the past which made her fear that she would be ostracized by her family. She therefore decided to conceal her pregnancy from them and to place the child for adoption when it was born.

She wished to place the child in a good home and she also wished to preserve at least the possibility of some contact with the child as it grew up.

James R. Scott et Teresa Bereznicki-Korol,
pour l'appelante.

B. A. Crane, c.r., pour les intimés.

^a Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur la contestation de la garde d'un enfant né hors des liens du mariage, par la mère appelante et les intimés, à qui la mère a confié son enfant pour adoption quelques jours après la naissance de ce dernier. En première instance, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest et, en appel, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest se sont prononcées en faveur des parents adoptifs. Cette Cour a autorisé le pourvoi de la mère le 27 septembre 1983.

^b Jusqu'à récemment, la mère a habité les territoires du Nord-Ouest. Elle a actuellement environ 27 ans. Elle s'y est installée avec sa famille, à l'âge de 16 ans, et y est demeurée lorsque sa famille a déménagé en Ontario. Après avoir terminé l'école secondaire, elle a reçu une formation complète d'opérateur de machinerie lourde et n'a apparemment pas eu de difficulté à obtenir de l'emploi dans ce domaine. Elle a aussi travaillé à l'occasion comme monitrice d'enfants dans un foyer d'accueil à Inuvik et s'est occupée activement de garde d'enfants et de surveillance de programmes de loisirs pour les jeunes.

^c Dès que l'appelante est devenue enceinte, le père de l'enfant a abandonné son emploi et quitté les territoires du Nord-Ouest. Il n'a manifesté aucun intérêt pour l'enfant et il n'y a pas de possibilité de réconciliation quelconque ni de possibilité qu'il participe d'une façon ou d'une autre. En conséquence, la mère a été laissée seule pour faire face à la situation. Elle craignait la désapprobation de ses parents. Elle avait eu dans le passé des difficultés qui lui ont fait craindre d'être ostracisée par sa famille. Elle a donc décidé de leur cacher sa grossesse et de donner l'enfant en adoption à sa naissance.

^d Elle voulait placer l'enfant dans un bon foyer et en même temps se réserver au moins la possibilité de le voir à l'occasion quand il grandirait. Elle a

She decided on a private adoption. She considered several possible couples and eventually settled on the respondents as the best choice. The respondents were friends of the mother, and she had become "almost a member" of the family of the female respondent. She was satisfied that the respondents would provide a good home for the child. She knew that the female respondent wanted a child and thought that she was unable to have one of her own. The choice she made—it has been conceded by all parties and found in both courts below—was a good one. The child has had a good home in a stable environment.

The child, John Michael, was born at Yellowknife on April 4, 1982. The respondents arrived in Yellowknife the next day from their home at Hay River. While the mother and child remained in hospital they were visited regularly by the respondents. The female respondent assisted in the care of the baby and she and her husband seemed anxious to have the child, but as well to be sure that the mother was willing to allow them to have him. The appellant left the hospital on April 9, 1982. On that day the child was taken by the respondents with the consent of the mother, which consent she acknowledged was given freely and with full knowledge of what it involved. They left Yellowknife for Hay River and the child has been with the respondents ever since.

The birth of the child aroused in the mother a surge of maternal love and affection for the baby, far exceeding any expectation. She changed her mind about the proposed adoption almost at once. She became reluctant to give up the child, but she had made arrangements with the respondents and she was advised by friends that in the long run adoption would be the best step for her to take. She returned to her home in Inuvik and on April 19, 1982, fifteen days after the birth, she signed a consent to adoption, as required by the *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 84 and 85.

Instead of coming to accept the loss of her child the mother became depressed. She longed to have the child back. She visited her family in Ontario in the Spring of 1982, but found it impossible to raise

opté pour une adoption privée. Elle a envisagé plusieurs couples possibles mais a finalement arrêté son choix sur les intimés comme les plus aptes. Les intimés étaient amis avec la mère, qui était «presque devenue un membre» de la famille de l'intimée. L'appelante était convaincue que les intimés constitueraient un excellent foyer pour l'enfant. Elle savait que l'intimée désirait avoir un enfant et croyait qu'elle ne le pouvait pas. Toutes les parties reconnaissent, et les cours d'instance inférieure ont conclu, que son choix avait été judicieux. L'enfant a eu un bon foyer dans un milieu stable.

L'enfant, John Michael, est né à Yellowknife le 4 avril 1982. Les intimés, qui habitent à Hay River, sont arrivés à Yellowknife le lendemain. Pendant que la mère et l'enfant étaient encore à l'hôpital, les intimés leur ont rendu visite régulièrement. L'intimée a pris part aux soins du bébé et elle et son mari semblaient avoir hâte d'avoir l'enfant, mais voulaient aussi être certains que la mère consentait à le leur confier. L'appelante a quitté l'hôpital le 9 avril 1982. Le même jour, les intimés ont amené l'enfant, avec le consentement de la mère, qui reconnaît avoir donné ce consentement librement et en connaissance de cause. Les intimés ont quitté Yellowknife pour retourner à Hay River et l'enfant habite avec eux depuis.

La naissance de l'enfant a réveillé chez la mère une poussée d'amour maternel et d'affection beaucoup plus intense que ce à quoi elle s'attendait. Elle a presque immédiatement changé d'avis à propos de l'adoption. Elle n'a plus voulu abandonner l'enfant, mais elle s'était entendue avec les intimés et des amis lui ont dit que, à long terme, c'était pour elle la meilleure solution. Elle est retournée chez elle à Inuvik et le 19 avril 1982, quinze jours après la naissance de l'enfant, elle a signé la formule de consentement à l'adoption comme l'exige l'*Ordonnance sur la protection de l'enfance*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 84 et 85.

Plutôt que de finir par accepter la perte de son enfant, la mère a souffert de dépression. Elle avait très envie de ravoïr son enfant. Elle est allée dans sa famille, en Ontario, au cours du printemps

the question. She returned to the Northwest Territories and on June 23, 1982 she informed the respondents that she wished the return of her child. She also spoke to her mother and discovered, contrary to her earlier belief, that her mother was willing to support her in the matter and expressed a desire to see and receive the child as her grandchild. The respondents refused to return the child and, as a result, the appellant upon taking legal advice revoked her consent to the adoption and commenced these proceedings. The adoption has not been completed.

The respondents were married on May 14, 1981. The male respondent had been married before and divorced. He and his former wife had adopted a child which is now in the respondents' custody. The female respondent at the time of the proceedings below was pregnant despite the earlier belief that this was impossible. At present then John Michael lives in a home with two other children and the adoptive parents. John Michael's father is of Indian ancestry, as is the adopted son of the earlier marriage of the male respondent. The adoptive mother also is of partly Indian ancestry.

The trial judge, de Weerdt J., [1983] N.W.T.R. 97, found in favour of the respondents. He considered the statutory provisions which are relevant in this case, ss. 28(1), 35(2) and 37 of the *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, which provide as follows:

28. (1) Unless otherwise ordered by the Court or a justice, the father and mother of an infant are the joint guardians of their infant, and the mother of an illegitimate infant is the sole guardian of the illegitimate infant.

35. (1) ...

(2) If upon an application made by a parent or other responsible person for an order for the production or custody of an infant the Court is of the opinion that the parent or other responsible person

- (a) has abandoned or deserted the infant, or
- (b) has otherwise so conducted himself that the Court should refuse to enforce his right to the custody of the infant,

1982, mais s'est vue dans l'impossibilité d'en parler. Elle est retournée dans les territoires du Nord-Ouest et a informé les intimés le 23 juin 1982 qu'elle voulait reprendre son enfant. Elle avait aussi parlé à sa mère et découvert que, contrairement à ce qu'elle croyait, sa mère était prête à l'aider et était désireuse de voir l'enfant et de le traiter comme son petit-fils. Les intimés ont refusé de rendre l'enfant et, à la suite de ce refus, sur l'avis de conseillers juridiques, l'appelante a répudié son consentement à l'adoption et entrepris la présente action. L'adoption n'a pas été complétée.

Les intimés se sont mariés le 14 mai 1981. L'intimé avait déjà été marié et était divorcé. Lui et sa première épouse avaient adopté un enfant, dont les intimés ont présentement la garde. Au moment des procédures en première instance, l'intimée était enceinte, bien qu'on ait d'abord cru que cela lui était impossible. À l'heure actuelle, John Michael vit dans un foyer avec deux autres enfants et ses parents adoptifs. Le père de John Michael est d'origine indienne tout comme l'enfant adopté au cours du précédent mariage de l'intimé. La mère adoptive est aussi partiellement d'origine indienne.

En première instance, [1983] N.W.T.R. 97, le juge de Weerdt a donné gain de cause aux intimés. Il a considéré les dispositions législatives applicables à l'espèce, les par. 28(1), 35(2) et l'art. 37 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9, dont le texte suit:

28. (1) Sauf décision contraire de la Cour, le père et la mère d'un mineur en sont conjointement les tuteurs; la mère d'un enfant illégitime en est la seule tutrice.

35. (1) ...

(2) Lorsque le père, la mère ou une autre personne responsable demande qu'une ordonnance portant présentation ou tutelle d'un mineur soit rendue et que la Cour estime que le père, la mère ou cette autre personne responsable

- a) a abandonné ou délaissé l'enfant, ou
- b) s'est conduit d'une façon telle que la Cour serait fondée à refuser de sanctionner son droit de garde,

the Court may, in its discretion, decline to make the order applied for.

37. Where a parent or other responsible person has

- (a) abandoned or deserted his infant, or
- (b) allowed his infant to be brought up by another person or by a school or institution at the expense of that other person or at the expense of the school or institution for such a length of time and under such circumstances as to satisfy the Court that the parent or other responsible person was unmindful of his parental duties,

the Court shall not make an order for the delivery of the infant to the parent or other responsible person unless the Court is satisfied that an order for the delivery of the infant would be for the welfare of the infant.

He concluded that, since the appellant was the sole guardian of the child in accordance with s. 28(1), her application required consideration of s. 35(2) and s. 37. He did not conclude that the mother had abandoned or deserted the child, nor that she had conducted herself in such manner that the court should refuse to enforce her rights as guardian. He therefore considered that s. 35 was not applicable. He decided, however, that this application came within s. 37(b). He concluded that the mother's decision to give the child to the adoptive parents, because of fear of difficulties with her own family, was motivated by a consideration of her own interests and that she had accordingly been unmindful of her parental duties. Concluding that the welfare of the child could best be served by leaving the child with the adoptive parents, he was then required by s. 37 to refuse custody to the mother.

He made detailed reference to the facts and found that either of the parties could provide a sound and satisfactory upbringing for the child. He was led to conclude the issue in favour of the adoptive parents, however, by the evidence of bonding between the child and its adoptive parents. He noted that the child from the fifth day of its life had been in the custody and the care of the adoptive parents. The evidence satisfied him that the process of bonding, that is, the formation of a relationship of love and obligation which is essential to the normal development of a child, had commenced and advanced to the point where removal of the child from its home would be a

la Cour peut, à sa discrétion, refuser de rendre l'ordonnance demandée.

37. Lorsque le père, la mère ou une autre personne responsable

- a) a abandonné ou délaissé le mineur, ou
- b) a permis que le mineur soit élevé par une autre personne, une école ou une institution, aux frais de celles-ci, pour une période de temps et dans des circonstances permettant à la Cour de constater que le père, la mère ou l'autre personne responsable a négligé ses devoirs de parent,

la Cour ne doit pas ordonner que le mineur soit rendu au père, à la mère ou à l'autre personne responsable à moins d'être convaincue qu'une telle ordonnance répond au bien-être du mineur.

Il a conclu que, puisque l'appelante était la seule tutrice de l'enfant conformément au par. 28(1), sa demande dépendait du par. 35(2) et de l'art. 37. Il n'a pas conclu que la mère avait abandonné ou délaissé l'enfant ou qu'elle s'était conduite de manière à justifier la Cour de refuser de sanctionner son droit de garde. Il a donc estimé que l'art. 35 ne s'appliquait pas. Il a cependant conclu que l'al. 37b) s'appliquait à la demande. Il a conclu que la décision de la mère de confier l'enfant à des parents adoptifs parce qu'elle craignait la réprobation de sa propre famille avait été inspirée par un souci de ses propres intérêts et, qu'en conséquence, elle avait négligé ses devoirs de parent. Concluant que laisser l'enfant avec ses parents adoptifs favoriserait son bien-être, il était tenu, en vertu de l'art. 37, de refuser la garde de l'enfant à la mère.

Il a relaté les faits en détail et conclu que l'une ou l'autre des parties pouvait fournir à l'enfant une éducation saine et satisfaisante. Il a été amené à se prononcer en faveur des parents adoptifs à cause de la preuve des liens affectifs établis entre l'enfant et ceux-ci. Il a souligné que dès l'âge de cinq jours l'enfant avait été confié à la garde et aux soins des parents adoptifs. La preuve l'a convaincu que l'attachement, c.-à-d. la création d'une relation d'amour et de reconnaissance si nécessaire au développement normal d'un enfant, s'était formé et développé à un point tel que retirer l'enfant de son foyer lui causerait un traumatisme qui pourrait entraver son développement et affecter sa santé.

traumatic experience which could adversely affect his health and development. This bonding process had become a factor because of the mother's decision to give up the child. While that decision may have been understandable, it led to the bonding between the child and the adoptive parents. He could not therefore conclude that it was in the child's interests to return the child to the mother.

In the Court of Appeal (Prowse, Moir, McClung J.J.A.), [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, the majority were of the view that there was evidence before the trial judge to support his findings and there was no error in his approach to the problem. They dismissed the appeal. Prowse J.A., dissenting, would have allowed. In his view, the trial judge placed undue emphasis on the question of bonding. He did not consider that it should have a decisive effect on the question of custody.

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

A concise review of the development of the law on this subject may be found in the judgment of Dubin J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario (Kelly, Dubin and Estey J.J.A.) in *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273. That case arose out of an application by the natural mother, married but not to the child's father, for custody of a four year-old girl whom she had

Ce processus d'attachement est devenu un facteur de la décision à cause de la décision de la mère de renoncer à l'enfant. Même si cette décision était compréhensible, elle a amené l'attachement de l'enfant aux parents adoptifs. Le juge ne pouvait donc conclure qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de le rendre à sa mère.

En Cour d'appel (les juges Prowse, Moir et McClung), [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, la majorité a été d'avis que la preuve soumise au juge de première instance était suffisante pour étayer ses conclusions et qu'il n'avait pas commis d'erreur dans son analyse du problème. Ils ont rejeté l'appel. Le juge Prowse, dissident, l'aurait accueilli. À son avis, le juge de première instance a accordé trop d'importance à la question de l'attachement. Il n'a pas estimé que cela devrait avoir un effet déterminant sur la garde de l'enfant.

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 d'une 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 temps de sorte qu'on peut maintenant dire que le bien-être de l'enfant est la considération primordiale lorsque les tribunaux se penchent sur la question.

Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Kelly, Dubin et Estey) dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273, fait dans ses motifs un exposé concis de l'évolution du droit sur cette question. Cette affaire découlait de la demande faite par la mère naturelle d'un enfant, qui était mariée mais dont le mari n'était pas le père de

delivered to the defendants a few days after birth, where the child had remained until the commencement of the application. The trial judge had decided the issue in favour of the natural mother, but Dubin J.A. upon a consideration of earlier authorities (including the cases which have become known in this connection as 'the trilogy': *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; and *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52) allowed the appeal and put custody with the adoptive parents.

He drew attention, at p. 281, to the broader, and in his opinion, more enlightened view adopted in the Chancery Court, and referred to the words of Lord Cranworth in *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534, at pp. 540-41, regarding the application by the court of the *parens patriae* role.

The jurisdiction of this Court, which is entrusted to the holder of the Great Seal as the representative of the Crown, with regard to the custody of infants rests upon this ground, that it is the interest of the State and of the Sovereign that children should be properly brought up and educated; and according to the principle of our law, the Sovereign, as *parens patriae*, is bound to look to the maintenance and education (as far as it has the means of judging) of all his subjects.

He then noted that the Court of Chancery with its broader power to do equity placed emphasis on the welfare of the child in determining custody matters, raising it to the level of a paramount consideration to which all others must give way. He approved the words of Lindley L.J. in *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, at p. 148:

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

He then observed that with the fusion of the common law and the Chancery courts it became the duty of the common law courts to exercise the

l'enfant, pour avoir la garde d'une fillette de quatre ans qu'elle avait abandonnée aux défendeurs quelques jours après sa naissance; les défendeurs en avaient eu la garde depuis cette époque ^a jusqu'à l'introduction de l'action. Le juge de première instance avait rendu jugement en faveur de la mère naturelle, mais le juge Dubin, après analyse de la jurisprudence antérieure (notamment les arrêts qu'on a désormais baptisés «la trilogie», ^b c.-à-d.: *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606; et *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52) a accueilli l'appel et confié la garde de l'enfant aux ^c parents adoptifs.

Il signale, à la p. 281, l'opinion plus générale et, à son avis, plus éclairée, adoptée par la Chancery Court à laquelle lord Cranworth se réfère dans ^d l'arrêt *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534, aux pp. 540 et 541, quant à l'application de la fonction *parens patriae* de la Cour.

[TRADUCTION] La compétence de cette Cour, qui est attribuée au détenteur du grand sceau à titre de représentant de Sa Majesté, quant à la garde des enfants tire son origine de ce qu'il est dans l'intérêt de l'État et du souverain que les enfants soient convenablement élevés et instruits; et selon les principes de notre droit, le souverain, à titre de *parens patriae*, est tenu de s'occuper du soutien et de l'éducation de tous ses sujets (pour autant qu'il a les moyens d'en juger). ^e

Il souligne ensuite que la Court of Chancery qui dispose de pouvoirs plus étendus en matière ^g d'*equity*, a donné de l'importance au bien-être de l'enfant pour trancher les questions de garde, en faisant la considération primordiale à laquelle toutes les autres doivent être subordonnées. Il a souscrit aux paroles du lord juge Lindley dans ^h *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, à la p. 148:

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

Il fait ensuite remarquer qu'en raison de la réunion ^j des cours de *common law* et de Chancery, les premières ont dû exercer la compétence des secon-

Chancery jurisdiction. In this, he relied on FitzGibbon L.J. in *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, at pp. 239-40. He then observed that, in Ontario, s. 3 of *The Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, provided that in matters of custody and the education of infants the rules of equity would prevail. After referring to the trilogy cases, he concluded that in all custody cases, including those involving a contest between a natural parent and a stranger, the welfare of the child concerned would be the dominant consideration which would prevail over all others.

This case has been widely cited and has been the subject of much academic writing, both favouring and rejecting its approach. In *Re Moores and Feldstein*, Dubin J.A. distinguished the trilogy cases by pointing out that in each case it appeared that the contest had in fact been resolved on the basis of the welfare of the child. This distinction may on the facts of those cases be sustainable, at least to the extent that the welfare of the children, as perceived by the Court, coincided in each case with the common law rule giving a preference to the natural mother in a contest with a stranger; but see the comment of Locke J. in *Re Agar; McNeilly v. Agar*, *supra*, pp. 55-56. However, with the greatest deference to Dubin J.A., it is my view from a perusal of much of what has been written on this subject since *Re Moores and Feldstein* that the case has been taken to be a turning point in the approach to custody matters, and that the court was there departing from the common law rule, which had been specifically enunciated in the trilogy, that the mother of an illegitimate child was entitled to its custody unless some significant matter concerning the welfare of the child rendered her unfit to have custody.

The position taken in this Court until recently (see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; and *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, to be discussed later) has been set out in the trilogy. In custody contests between contending parents the welfare of the child has become the dominant consideration without any initial preference given to either parent. In matters

des. À cet égard, il s'est appuyé sur les motifs du lord juge FitzGibbon dans l'arrêt *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, aux pp. 239 et 240. Il fait ensuite remarquer qu'en Ontario, l'art. 3 de *The Infants Act*, R.S.O. 1970, chap. 222, prévoit qu'en matière de garde et d'éducation des enfants, les règles d'*equity* ont préséance. Après avoir mentionné les arrêts de la trilogie, il conclut que, dans toutes les affaires de garde, notamment celles qui comportent un litige entre un parent naturel et un étranger, le bien-être de l'enfant en cause est la considération primordiale à laquelle toutes les autres sont subordonnées.

Cet arrêt-là a été largement cité et a fait l'objet de commentaires abondants, tant favorables que défavorables à ce point de vue. Dans *Re Moores and Feldstein*, le juge Dubin a distingué les arrêts de la trilogie en soulignant que, dans chaque cas, il semblait que la solution du litige ait été déterminée en fonction du bien-être de l'enfant. Cette distinction peut se justifier d'après les faits de ces arrêts, au moins dans la mesure où le bien-être des enfants, comme la cour l'a perçu, coïncidait, dans chaque affaire, avec la règle de *common law* qui donne la préférence à la mère naturelle en cas de litige avec une personne étrangère; voir, par contre, le commentaire du juge Locke dans l'arrêt *Re Agar; McNeilly v. Agar*, précité, pp. 55 et 56. Avec égards cependant pour le juge Dubin, après avoir analysé une bonne partie de ce qui a été écrit sur le sujet depuis l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, je suis d'avis que cet arrêt constitue un tournant dans l'analyse des affaires de garde et que la cour s'est alors écartée de la règle de *common law*, énoncée expressément dans la trilogie, selon laquelle la mère d'un enfant illégitime a droit à sa garde à moins qu'un aspect important relatif au bien-être de l'enfant ne la rende incapable de l'assumer.

L'attitude adoptée par cette Cour jusqu'à une époque récente (voir les arrêts *Beson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; et *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, auxquels je reviendrai plus loin) est énoncée dans la trilogie. Dans les affaires de garde d'enfant entre les parents, le bien-être de l'enfant est devenu la considération primordiale sans préférence de prin-

where the parent, usually the mother, was contesting a grant of custody to strangers, that is, non-parents, the mother's claim had preference unless she was found to be unfit to have custody. This was the basis of the law applied in the trilogy and it was widely followed, save where a statutory provision permitted departure. The judicial reaction to the trilogy, however, in later years has been uneven and the courts have frequently favoured a more liberal application of the *parens patriae*, or equitable jurisdiction, and have moved away from the strict application of the rule approved in the trilogy.

There have been cases where it was sought to distinguish the trilogy on the basis of legislative changes. An example is to be found in *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243, where Wilson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal (Bird, Tysoe and Wilson J.J.A.), cited a 1957 amendment to the British Columbia adoption legislation preventing revocation of consent to adoption unless shown to be in the best interests of the child. He said, at p. 247:

It appears to me that the Legislature of B.C., by a provision enacted after the decision in *Duffell's* case, has achieved just what Cartwright, J., suggested could be done and changed the basis upon which revocation is permitted: that the Legislature has changed the law and placed the contestants, natural and adoptive parents, on a basis of equality in cases where the natural parent has consented to the adoption.

Later, at p. 249, he concluded by saying:

In these circumstances, having regard only to the welfare of the child, and none to maternal rights, I think that the learned trial Judge reached the correct conclusion.

To similar effect are *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325 (Nfld. S.C.), at pp. 332-33; and *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631 (C.A.), at pp. 649-51.

There have been other authorities which have departed from the strict application of the trilogy

cipe en faveur de l'un ou de l'autre parent. Dans les affaires où l'un des parents, habituellement la mère, conteste l'octroi de la garde à des étrangers, c.-à-d. qui ne sont ni le père ni la mère, on faisait droit à la demande de la mère à moins que celle-ci ne soit déclarée incapable d'assumer la garde. C'est là le fondement du droit appliqué dans la trilogie qui a été largement suivi, sauf lorsqu'une disposition législative permettait de s'en écarter. Ces dernières années, la réaction des tribunaux à l'égard de la trilogie n'a pas été constante et ils ont fréquemment préféré une application plus libérale de la compétence *parens patriae* ou compétence d'*equity* et se sont écartés de l'application stricte de la règle suivie dans la trilogie.

Il y a eu des affaires où, à cause de modifications législatives, on n'a pas suivi la trilogie. L'arrêt *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243 en est un exemple; le juge Wilson, qui a rédigé les motifs au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Bird, Tysoe et Wilson), y invoque une modification apportée en 1957 à la loi d'adoption de la Colombie-Britannique qui interdit la révocation du consentement à l'adoption à moins qu'il ne soit démontré qu'elle vise l'intérêt de l'enfant. Il dit à la p. 247:

[TRADUCTION] Il m'apparaît qu'en adoptant une disposition législative après la décision de l'arrêt *Duffell*, la législature de la Colombie-Britannique a fait exactement ce que le juge Cartwright avait suggéré et elle a changé le fondement même de la révocation: la législature a modifié le droit et placé les parties au litige, c'est-à-dire les parents naturels et les parents adoptifs, sur un pied d'égalité lorsque le parent naturel a consenti à l'adoption.

Plus loin, à la p. 249, il conclut:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, ayant tenu compte du seul bien-être de l'enfant et non des droits de la mère, je crois que le juge de première instance a pris la bonne décision.

Les affaires *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325 (C.S.T.-N.), aux pp. 332 et 333, et *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631 (C.A.), aux pp. 649 à 651, sont au même effet.

D'autres décisions se sont écartées de l'application stricte de la trilogie parce que le droit a évolué

cases on the basis that the law has evolved to accommodate changing social conditions and attitudes. Foremost in this group, of course, is the Ontario Court of Appeal in *Re Moores and Feldstein*, *supra*. There are many cases which have referred to it and in greater or lesser degree approved and followed it: *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228 (Man. Q.B.), at p. 234; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181 (Alta. S.C.), at pp. 188-91; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.*, *supra*, at pp. 646-50; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165 (Cty. Ct.), at p. 174.

Not all authorities, however, have followed the trend away from the trilogy cases. See *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601 (C.A.), approved in this Court, [1970] S.C.R. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396 (T.D.); *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310 (Sask. C.A.), at p. 317; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245 (Alta. S.C.), at pp. 248-49. These cases may be said to be distinguishable from the trilogy on the basis which was adopted by Dubin J.A. in *Re Moores and Feldstein*, that is, that the welfare of the child in each case was consistent with the trilogy's parental preference. However, more difficulty would be encountered in seeking to distinguish *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343 (Q.B.), and *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84 (Alta. S.C.A.D.). These cases apply the 'parental preference' principle from the trilogy.

It seems to me indisputable that there has been a significant move away from reliance upon the parental preference of the common law as expressed in the trilogy. This trend has relied for its justification on the equitable *parens patriae* jurisdiction of the Court which has elevated the concept of the welfare of the child to the paramount position. Reference in this regard must be made to two recent cases in which this Court exercised the *parens patriae* jurisdiction: *Benson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, *supra*, and *Racine v. Woods*, *supra*.

In *Racine* the contest was between the natural mother and the adoptive parents who had custody of the child for some three years without the consent of the natural mother. The narrow issue

pour s'adapter aux changements d'attitudes et de conditions sociales. La plus importante de ce groupe est évidemment l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Moores and Feldstein*, précité. Plusieurs décisions s'y sont référées et avec plus ou moins de force l'ont approuvé et suivi: *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228 (B.R. Man.), à la p. 234; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181 (C.S. Alb.), aux pp. 188 à 191; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.*, précité, aux pp. 646 à 650; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165 (C. de comté), à la p. 174.

Toute la jurisprudence n'a cependant pas suivi la tendance en s'écartant de la trilogie. Voir *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601 (C.A.), approuvé par cette Cour, [1970] R.C.S. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396 (D.P.I.); *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310 (C.S. Sask.), à la p. 317; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245 (C.S. Alb.), aux pp. 248 et 249. On peut dire que ces affaires se distinguent des arrêts de la trilogie pour le motif exprimé par le juge Dubin dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, c.-à-d. que, dans chacune de ces affaires, le bien-être de l'enfant coïncidait avec la préférence pour le parent mentionnée dans la trilogie. Il serait cependant plus difficile de faire une distinction entre ces arrêts et les arrêts *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343 (B.R.) et *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84 (D.A.C.S. Alb.) Ces arrêts appliquent le principe de la «préférence pour le parent» énoncé dans la trilogie.

Il me semble indiscutable qu'on s'est mis de façon marquée à écarter le recours au principe de la *common law* de la préférence pour le parent énoncé dans la trilogie. On a trouvé la justification de cette tendance dans la compétence *parens patriae* en *equity* de la Cour qui a accordé une place primordiale au concept du bien-être de l'enfant. Il faut, sur ce point, faire état de deux arrêts récents dans lesquels cette Cour a exercé la compétence *parens patriae*: *Beson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, précité, et *Racine c. Woods*, précité.

Dans l'affaire *Racine*, le litige opposait la mère naturelle et les parents adoptifs qui avaient la garde de l'enfant depuis environ trois ans sans le consentement de la mère naturelle. Le litige se

concerned the ordering of an adoption under s. 103(2) of the Manitoba *Child Welfare Act*, 1974 (Man.), c. 30, where the adoptive parents had *de facto* custody for more than three years without the mother's consent. It was argued that the adoptive parents were estopped from asserting a right under s. 103(2) because of their failure to return the child to its mother when asked to do so. Wilson J., speaking for this Court, in dealing with that argument put the case much closer to the case at bar. She said, at p. 184:

With respect, I see nothing "improper" about the Racines proceeding by way of *de facto* adoption. The statute contemplates it. Moreover, in my view the crucial question is not what a court would have done with an adoption application made in 1978 but what it would have done with a *habeas corpus* application. Mrs. Woods might have succeeded on such an application in 1978 had she proceeded with it. Her failure to do so permitted her child to develop a dependency on the Racines as her psychological parents. It seems to me that Mrs. Woods had a responsibility when her rights were challenged to pursue them in the court if necessary and not to wait until her child was bonded to the Racines with all the problems for the child that the disruption of that bond was likely to create.

The answer to the crucial question would have been simple if the natural mother had abandoned the child. Wilson J., contrary to the finding of the trial judge on this point, considered that a finding of abandonment was unjustified. Even in the absence of such a finding, Wilson J. considered the decisive factor to be the welfare of the child and she gave much less weight to the consideration of biological ties than did the trilogy of cases decided thirty years earlier. She said, at p. 185:

Be that as it may, I do not think a finding of abandonment was necessary to the trial judge's decision. I think the statute is clear and that s. 103(2) dispenses with parental consent in the case of a *de facto* adoption. This does not mean, of course, that the child's tie with its natural parent is irrelevant in the making of an order under the section. It is obviously very relevant in a determination as to what is in the child's best interests. But it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the

limitait à la délivrance de l'ordonnance d'adoption en vertu du par. 103(2) de *The Child Welfare Act* du Manitoba, 1974 (Man.), chap. 30, alors que les parents adoptifs avaient eu la garde de fait pendant plus de trois ans sans le consentement de la mère. On a soutenu que les parents adoptifs étaient irrecevables à faire valoir un droit en vertu du par. 103(2) à cause de leur omission de remettre l'enfant à sa mère lorsque cette dernière le leur a demandé. Le juge Wilson, au nom de cette Cour, en disposant de ce moyen rapproche nettement cette affaire de celle en l'espèce. Elle dit, à la p. 184:

Avec égards, je ne vois rien d'«inopportun» au fait que les Racine ont procédé par voie d'adoption de fait. Cette procédure est prévue dans la Loi. Je suis en outre d'avis que la question primordiale n'est pas de savoir ce qu'une cour aurait décidé dans le cas d'une demande d'adoption faite en 1978, mais ce qu'elle aurait fait dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. Si M^{me} Woods avait fait une demande en ce sens en 1978, elle aurait pu avoir gain de cause. Comme elle ne l'a pas faite, son enfant s'est attachée aux Racine qui sont devenus ses parents psychologiques. Il me semble que lorsque ses droits ont été contestés, M^{me} Woods avait la responsabilité de les faire valoir, en justice si nécessaire, et de ne pas attendre que son enfant s'attache aux Racine, avec tous les problèmes que la rupture de ce lien était susceptible de causer à l'enfant.

Il aurait été beaucoup plus facile de répondre à la question décisive si la mère naturelle avait abandonné l'enfant. Le juge Wilson, en désaccord avec la conclusion du juge de première instance sur ce point, a considéré que la conclusion d'abandon était injustifiée. Même en l'absence d'une telle conclusion, le juge Wilson a considéré que le facteur décisif était le bien-être de l'enfant et elle a accordé beaucoup moins de poids aux liens biologiques que ne le font les arrêts de la trilogie rendus il y a trente ans. Elle dit, à la p. 185:

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que conclure à l'abandon était nécessaire à la décision du juge de première instance. À mon avis, la Loi est claire et le par. 103(2) dispense de l'autorisation parentale dans le cas d'une adoption de fait. Cela ne signifie évidemment pas que le lien de l'enfant avec ses parents naturels n'a rien à voir avec une ordonnance en vertu de cet article. Il a manifestement tout à voir avec la détermination de l'intérêt de l'enfant. Mais la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie

parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary interest; it is a human being to whom they owe serious obligations. In giving the court power to dispense with the consent of the parent on a *de facto* adoption the legislature has recognized an aspect of the human condition—that our own self interest sometimes clouds our perception of what is best for those for whom we are responsible. It takes a very high degree of selflessness and maturity—for most of us probably an unattainable degree—for a parent to acknowledge that it might be better for his or her child to be brought up by someone else. The legislature in its wisdom has protected the child against this human frailty in a case where others have stepped into the breach and provided a happy and secure home for the child for a minimum period of three consecutive years. In effect, these persons have assumed the obligations of the natural parents and taken their place. The natural parents' consent in these circumstances is no longer required.

In the *Beson* case there was not a contest between a natural mother and adoptive parents, but rather between two sets of adoptive parents prior to the completion of the adoption. The facts in *Beson* are far indeed from those at bar, but it clearly affords an example of the application by this Court of the *parens patriae* jurisdiction to override all other considerations in dealing with custody matters.

The statutory provisions which are relevant in this case have been set out above. They are s. 28(1), s. 35(2), and s. 37 of the *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9. These were discussed and relied on by the trial judge and the Court of Appeal. In addition, I would draw attention to s. 39 which provides that the rules of equity when they do not conflict with the Ordinance shall prevail in matters relating to the custody of infants. There was little, if any, discussion in the courts below regarding the application of the *parens patriae* jurisdiction. The trial judge applied the provisions of s. 37(b) and, having found that the mother in surrendering her child to the respondents was unmindful of her parental duties, he considered the welfare of the infant and decided that it would not be best by returning the

de l'enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l'a souvent souligné dans les affaires de garde d'enfant, un enfant n'est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété; c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses. Lorsqu'il a donné à la cour le pouvoir de se passer de l'autorisation des parents dans le cas d'une adoption de fait, le législateur a reconnu un aspect de la condition humaine, savoir que notre propre intérêt obscurcit parfois notre perception de ce qui convient le mieux aux personnes dont nous sommes responsables. Un père ou une mère doit avoir un très haut degré d'altruisme et de maturité, à un degré que la plupart d'entre nous ne pouvons probablement pas atteindre, pour reconnaître qu'il vaut mieux pour son enfant qu'il soit élevé par un autre. Dans sa sagesse, le législateur a protégé l'enfant contre cette faiblesse humaine lorsque d'autres personnes ont comblé la brèche et ont fourni à l'enfant pendant une période minimale de trois années consécutives un foyer heureux et stable. De fait, ces personnes ont assumé les obligations des parents naturels et ont pris leur place. Dans les circonstances, il n'est plus nécessaire d'obtenir le consentement des parents naturels.

Dans l'affaire *Beson*, il n'y avait pas de litige entre la mère naturelle et les parents adoptifs, mais plutôt entre deux couples de parents adoptifs avant l'adoption proprement dite. Les faits de l'affaire *Beson* sont très différents de ceux de l'espèce, mais ils donnent un exemple clair d'application par cette Cour de la compétence *parens patriae* pour écarter toutes les autres considérations dans les affaires de garde.

Les dispositions législatives pertinentes en l'espèce ont déjà été citées. Ce sont les par. 28(1), 35(2) et l'art. 37 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9. Le juge de première instance et la Cour d'appel les ont analysées et appliquées. En outre, je souligne l'art. 39 qui prévoit que les règles d'*equity* s'appliqueront dans les questions relatives à la garde d'enfant lorsqu'elles ne sont pas contraires à l'Ordonnance. Dans le débat devant les cours d'instance inférieure, on a peu ou pas mentionné l'application de la compétence *parens patriae*. Le juge de première instance a appliqué l'al. 37b) et, ayant conclu qu'en remettant l'enfant aux intimés la mère avait négligé ses devoirs de parent, il a tenu compte du bien-être de l'enfant et décidé qu'il ne serait pas dans l'intérêt de celui-ci de le rendre à la mère. La

child to the mother. In this he was supported by the majority of the Court of Appeal.

Because of his finding of unmindfulness of parental duty, the trial judge was precluded from ordering the return of the child to its mother "unless the Court is satisfied that an order for the delivery of the infant would be for the welfare of the infant". He was not so satisfied, as is to be noted from his finding which was expressed in these words:

The benefits to the child of maintaining the blood tie to his natural mother are far outweighed, in my respectful view, by those resulting from maintenance of his present home stability and his existing parental bonds to the adoptive couple.

It is apparent at once that, if one accepts the finding made by the trial judge that the mother was unmindful of her parental duties when she turned the child over to the respondents, the trial judge's determination of the matter could not be disturbed. Section 37 would prevent the making of an order returning the child to the mother. I have had some difficulty with that finding for it would seem to me that the mother, in deciding to part with the child, took careful steps to see that the child would be placed in a good home with adoptive parents who would give the child their love and act in the child's best interests. On the other hand, it cannot be denied on the evidence that the step was taken by the mother because of fear of parental disapproval and as a means of solving her own personal problem. It was, it must not be forgotten, this step which created the problems arising in this case and which placed the child in a home where he would come to see the adoptive parents as his own mother and father, and become dependent on them in the manner of children living in a settled, secure home. I am of the opinion, however, that apart from such finding against the mother, one I would prefer not to make, this case may be dealt with on the general consideration of the welfare of the child.

Section 39 of the *Domestic Relations Ordinance* provides that the rules of equity will apply in custody matters where they do not conflict with the provisions of the Ordinance. The application of equitable rules in this case would permit the Court

Cour d'appel a, à la majorité, confirmé cette décision.

Avant conclu que la mère avait négligé ses devoirs de parent, le juge de première instance ne pouvait ordonner que l'enfant lui soit rendu «à moins d'être convaincu qu'une ordonnance de renvoi de l'enfant répond au bien-être de l'enfant». Il n'en était pas convaincu, comme il le signale dans sa conclusion formulée comme suit:

[TRADUCTION] Les avantages pour l'enfant de maintenir le lien du sang avec sa mère naturelle sont, à mon avis, bien moindres que ceux qu'il y a à le laisser à la stabilité de son foyer actuel et à maintenir ses liens avec ses parents adoptifs.

Il est évident que, dès lors que l'on accepte la conclusion du juge de première instance que la mère a négligé ses devoirs de parent en laissant l'enfant aux intimés, on ne saurait modifier l'ordonnance du juge de première instance. L'article 37 ne permet pas de rendre une ordonnance qui aurait pour effet de retourner l'enfant à sa mère. J'ai de la difficulté à accepter cette conclusion parce qu'il me semble qu'en décidant de se séparer de l'enfant, la mère a bien pris soin de s'assurer que l'enfant serait placé dans un bon foyer, chez des parents adoptifs qui lui prodigueraient de l'amour et agiraient dans l'intérêt de l'enfant. D'autre part, il est indéniable, selon la preuve, que la mère a agi de la sorte à cause de la crainte de la réprobation de ses parents et pour résoudre ses propres problèmes. C'est cette décision, il ne faut pas l'oublier, qui a engendré les problèmes en l'espèce et qui a placé l'enfant dans un foyer où il viendrait à considérer ses parents adoptifs comme ses propres père et mère et dépendrait d'eux de la même façon que des enfants élevés dans un foyer stable et sûr. Je suis cependant d'avis qu'indépendamment de la constatation défavorable à la mère, que je préfère ne pas faire, cette affaire peut être tranchée selon la considération générale du bien-être de l'enfant.

L'article 39 de l'*Ordonnance sur les relations familiales* prévoit que les règles d'*equity* doivent s'appliquer aux questions de garde lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'*Ordonnance*. L'application des règles d'*equity* en

to exercise the *parens patriae* jurisdiction and to treat the welfare of the child as the paramount consideration. I see no conflict in this respect with the Ordinance. Section 37, if it applied in this situation, would itself require a demonstration that the best interests of the child be served before it could be returned to the mother. The rules of equity, therefore, are to be applied in this determination.

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

In considering the facts of this case, it should be observed at once that the trial judge found that the adoptive parents, on the one hand, and the mother, on the other, were both capable of providing a satisfactory home for the child. This clearly is not a case where the choice is made easy by clear failure, on one side or the other, to measure up to the required standard. I have read the entire record and it is notable in this case that there is a total absence of the mutual recrimination usually

l'espèce permettrait à la Cour d'exercer la compétence *parens patriae* et de considérer que le bien-être de l'enfant constitue la considération primordiale. Je ne constate aucune incompatibilité à cet égard avec l'Ordonnance. Si l'art. 37 s'appliquait à la présente situation, il exigerait lui-même que l'on prouve qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant de le rendre à sa mère. Il faut donc appliquer les règles d'*equity* à cette décision.

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

Après un examen des faits de l'espèce, on doit immédiatement faire remarquer que le juge de première instance a conclu que les parents adoptifs d'une part et la mère de l'autre pouvaient fournir à l'enfant un foyer satisfaisant. Il ne s'agit manifestement pas en l'espèce d'un cas où le choix est facilité par l'incapacité d'une partie ou de l'autre de satisfaire à la norme exigée. J'ai lu le dossier en entier et il est remarquable de constater en l'espèce l'absence totale des récriminations mutuelles habi-