COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

58-11-CA

A.F.G.

(Applicant) APPELLANT

- and -

D.A.B.

(Respondent) RESPONDENT

A.F.G. v. D.A.B., 2011 NBCA 100

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 15, 2011

History of the Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 13, 2011

Judgment rendered
November 17, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell

A.F.G.

(Requérante) APPELANTE

- et -

D.A.B.

(Intimé) INTIMÉ

A.F.G. c. D.A.B., 2011 NBCA 100

CORAM :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 15 mars 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 13 septembre 2011

Jugement rendu :
Le 17 novembre 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell

Counsel at the hearing:

For the appellant:
David A. Estey

For the respondent:
Randall A. Wilson

THE COURT

The appeal is dismissed without costs.

Avocats à l’audience :

Pour l’appelante :
David A. Estey

Pour l’intimé :
Randall A. Wilson

LA COUR

Rejette l’appel sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This appeal raises the issue of the appropriate factors to be taken into consideration by a motion judge when determining the best interests of a child in a custody/mobility case. The appellant mother submits the judge failed to apply the appropriate factors, and misapplied or ignored evidence in transferring custody of the child from the mother to the father. This appeal further raises the question of whether the motion judge erred in law by not, on his own motion, ordering a "Voice of the Child" assessment, an assessment usually undertaken by a psychologist to determine the views of a child, whose parents are separating, to assist a judge in his or her decision making.

II. Background and Procedural History

[2] The appeal arises from a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division, granting sole custody to the father, thus disallowing the mother from relocating, with the parties' child, to the Northwest Territories.

[3] The parties to this appeal began cohabitating in St. George, N.B. in 2002. Their daughter was born in 2003. The parties never married and separated in 2004. The father filed an application requesting access to the child and as a result the parties consented to an order establishing joint custody with primary care to the mother. This was executed in April 2006. The motion judge stated:

> The Consent Order was the basis for a somewhat uneasy co-existence between the parties until, in August of 2010, [the father] discovered his daughter [P.] [*sic*] had a "secret" − mommy had told her they were moving to Yellowknife in the Northwest Territories very soon and she wasn't to let Daddy know. [para. 4 –motion judge's decision]

[4] This proved to be accurate. The mother planned to move to Yellowknife with her new partner and she also intended to take the child and a younger half-sibling.

[5] The father filed a Notice of Motion on August 19, 2010, requesting that the mother be enjoined from removing the child from New Brunswick until a hearing was held to determine the best interests of the child. An *ex parte* order was executed on August 20, 2010, whereby the relief sought by the father was granted. The father did not seek any further relief from the court, however the mother requested a hearing respecting the mobility of the child and that she be granted sole custody of the child with the current access order to remain in place.

[6] On August 30, 2010, a four day hearing on the motion commenced. Eight witnesses testified, five for the father and three for the mother. The motion judge stated in the decision that only one of the witnesses, the child's teacher, could be considered to be objective or unbiased.

[7] In his decision, the judge undertook a thorough analysis of the principles and factors to be considered in a dispute involving the custody and relocation of a child. He reviewed the child's relationship with each parent and, in considering the child's best interests, concluded the child should not be permitted to relocate with her mother. The judge prescribed an access schedule which appears to accommodate the reduction in regular contact that the child would have with the mother.

III. Issues

[8] The Supplementary Notice of Appeal attributes the following errors in law to the motion judge:

> 1. He did not apply all of the factors to be considered in evaluating the best interests of the child, misapplied or ignored evidence in concluding that the custody of the child would be transferred from the mother to the father and failed to give adequate reasons.

2. He did not, on his own motion, order an independent Voice of the Child assessment after hearing all of the evidence.

3. In the alternative, the mother is requesting that a Voice of the Child assessment be completed and a new trial be ordered.

IV. Standard of Review

[9] The standard of review to be employed in cases such as this one requires deference. Intervention on appeal is unjustified absent a material error (see *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, (2009) 343 N.B.R. (2d) 100); *MacLean v. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 N.B.R. (2d) 90, at para. 18; *J.P. v. R.R.*, 2004 NBCA 98, 278 N.B.R. (2d) 351, at para. 27; *Scott v. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 N.B.R. (2d) 61, at para. 32 and *Boudreau v. Brun*, 2005 NBCA 106, 293 N.B.R. (2d) 126, at para. 5).

[10] In brief, deference is owed to the trial judge's assessment of the evidence when it comes to deciding who should have custody and on what terms. However, no deference is owed with respect to a question of law, including the identification of the proper test to be applied.

V. Analysis

[11] It is the mother’s position that the motion judge erred in law by not applying all of the factors to be considered in evaluating the best interests of the child and by misapplying or ignoring the evidence in concluding the custody of the child would change from joint custody (with primary care to the mother) to sole custody to the father. In order to put the best interests of the child test in proper context in a mobility situation, one must review the pertinent legislation of this province as well as the relevant jurisprudence.

A. *Statutory Framework*

[12] The case before us concerns the determination of custody of a six-year-old child of parents who did not marry. We must therefore consider the seven criteria set out in s.1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2., which reads:

> "best interests of the child" means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration
>
> *(a)* the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;
>
> *(b)* the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;
>
> *(c)* the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;
>
> *(d)* the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;
>
> *(e)* the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;
>
> *(f)* the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and
>
> *(g)* the child's cultural and religious heritage.

B. *Definition of "best interests of the child" in mobility cases*

[13] In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), the Supreme Court determined the minimum legal factors to be considered in mobility cases (see as well, *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, (2010) 364 N.B.R. (2d) 200). In *Gordon v. Goertz*, McLachlin J. (as she then was), set out a two-stage inquiry to be conducted in determining an application for variation of a custody order. The first step is to ascertain whether there has been a material change in the circumstances of the child. The second step is to undertake a fresh inquiry into the best interests of the child, considering the relevant factors. However, the primary concern always remains the best interests of the child. The principles established in *Gordon v. Goertz* can be summarized as follows:

> [...]
>
> 5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.
>
> 6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents.
>
> 7. More particularly the judge should consider, inter alia:
>
> (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;
>
> (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;
>
> (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;
>
> (d) the views of the child;
>
> (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;

> (f) disruption to the child of a change in custody;
>
> (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.
>
> In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new? [paras. 49-50]

C. *Application of the principles and jurisprudence to the circumstances of this case*.

[14] In the present case, the motion judge considered the best interests of the child when he concluded sole custody should be awarded to the father. He employed the two-part analysis prescribed in *Gordon v. Goertz.* After determining there had been a change in circumstances, he undertook a fresh inquiry into the best interests of the child. The judge devoted considerable time and effort in applying each of the seven criteria contained in the definition of "best interests of the child" as outlined in s. 1 of the *Family Services Act* to the facts of this case. It should be noted this case is unique in the sense that the motion judge had unchallenged evidence before him which indicated that from 2007-2009, the child spent a substantial amount of time with her father. The child has been in the father's full-time care since June 2010. In my view, the motion judge did not err in interpreting the evidence before him and there was ample evidence to support his determination that it is in the child's best interests to be in the father's custody.

D. *Voice of the Child assessment*

[15] In her written submission, the mother states the motion judge erred by not ordering a Voice of the Child assessment, on his own motion, as provided for in s. 11.4(1) of the *Judicature Act*. This section provides:

11.4(1) Upon *ex parte* application or on his own motion a judge of the Family Division may direct a family counsellor, social worker, probation officer or other person to make a report concerning any matter that, in the opinion of the judge, is a subject of the proceeding.
[Emphasis added]

11.4(1) À la suite d'une demande *ex parte* ou de sa propre initiative, un juge de la Division de la famille peut charger un conseiller familial, un travailleur social, un agent de probation ou toute autre personne de faire un rapport sur toute question qui, selon lui, a des liens avec la procédure.
[C'est moi qui souligne]

[16] In *P.R.H.*, Larlee J.A. states:

> There is no statutory authority under the *Divorce Act* to order an assessment by a child care professional who reports to the court and to counsel. If one is to be ordered, it would have to be done on one of the following possible bases: *parens patriae* jurisdiction of the trial judge or the inherent power of the court to control its own process. In Ontario, it appears that assessment reports are often given less weight in relocation matters than in other types of child-related cases; in fact they have more often than not been ignored. The jurisprudence stresses that an assessment is not necessary where there is no clinical issue requiring expert evidence raised on the facts and no real dispute between the parties with respect to how the children reacted to the family breakdown. A court should not order an assessment simply to obtain an apparently impartial third party's opinion on what is in a child's best interests: see *Stefureak v. Chambers*, [2004] O.J. No. 4253 (S.C.J.) (QL), where the court held that identifying the wishes of a seven year old did not justify an assessment where there were no clinical issues. A judge should only order an assessment, which involves expert opinion evidence, where there is some particular problem or issue that requires expert input (see *Sheikh v. Sheikh*, [2004] O.J. No. 4384 (S.C.J.) (QL)).
>
> Furthermore a court should not delegate its duty to determine what parenting arrangement is in a child's best interests to an assessor: *Johnson v. Cleroux* (2002), 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); additional reasons at [2003] O.J. No. 981 (C.A.)(QL). See also *Snoddon v. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39 (C.J.). However, courts typically will give substantial weight to the recommendations of an assessor, but these must be only one factor to consider in the determination. A court may also choose to ignore the recommendations of an assessor,

> as in *Steeves v. Robinson* (2005), 278 N.B.R. (2d) 38, [2005] N.B.J. No. 52 (QL), 2005 NBQB 46. In the present case the lawyer for the appellant put it like this: "psychologists do not decide custody issues, judges do". I agree. [paras. 15-16]

In my view, the motion judge did not err by not ordering a Voice of the Child assessment. There was more than enough evidence before him (provided by eight witnesses over four days) to determine the best interests of the child without an assessment.

E. *Separation of siblings*

[17] At the hearing on appeal, the issue regarding the separation of siblings arose. In this case, the mother has a son with another individual. This child is the younger half-brother of the child at the centre of the present dispute. The child's younger half-brother moved with the mother to Yellowknife. Courts have generally frowned upon the separation of siblings in considering the best interests of the child. In *P.R.H.*, Larlee J.A. states:

> […] There was no consideration of the impact of separating L. from his sister, nor was there any discussion of any exceptional circumstances which would merit such a separation, or of the case law concerning the separation of siblings. Such an exceptional decision should require an extensive analysis, such as was found in *Funk v. Funk*, [2004] B.C.J. No. 2932 (QL), 2004 BCSC 1800. I am of the view that the failure to address these significant criteria amounts to a fundamental omission and a material error and it justifies intervention by this Court. [para. 24]

[18] Therefore, in custody cases generally, the failure to address the impact of separating siblings could be viewed as a significant omission and a material error. In this case, however, the motion judge did not err, as he provided an explanation why this situation gave rise to "exceptional circumstances". In this matter, there is more than one sibling relationship to consider. The child has a half-sibling through her father, with whom she is very close. The father's partner also has a young son with whom the child

has developed a close bond. Therefore, there are several sibling relationships, and thus exceptional circumstances exist.

VI. Disposition

[19] For the above reasons, I would dismiss the appeal without costs.

KATHLEEN A. QUIGG, J.A.

WE CONCUR:

M.E.L. LARLEE, J.A.

B. RICHARD BELL, J.A.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève la question des facteurs pertinents que le juge saisi d'une motion doit prendre en considération aux fins de déterminer quel est l'intérêt supérieur d'un enfant dans une instance ressortissant à la garde et à la mobilité. La mère appelante prétend que le juge n'a pas retenu les facteurs pertinents et a appliqué certains éléments de preuve d'une façon erronée ou n'en a pas tenu compte lorsqu'il a transféré la garde de l'enfant de la mère au père. Cet appel soulève également la question de savoir si le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en n'ordonnant pas, de sa propre initiative, une évaluation dite « voix de l'enfant » (évaluation habituellement effectuée par un psychologue afin de connaître l'opinion de l'enfant dont les parents se séparent, afin d'aider le juge à prendre sa décision).

II. Contexte et historique des procédures judiciaires

[2] L'appel découle d'une décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, dans laquelle le juge a accordé la garde exclusive au père, interdisant ainsi à la mère de déménager avec l'enfant des parties pour aller s'installer dans les Territoires du Nord-Ouest.

[3] Les parties au présent appel ont commencé à cohabiter à St. George, au Nouveau-Brunswick, en 2002. Leur fille est née en 2003. Les parties ne se sont jamais mariées et se sont séparées en 2004. Le père a déposé une demande dans laquelle il a sollicité des droits d'accès auprès de l'enfant et il s'en est suivi que les parents ont consenti à une ordonnance établissant la garde partagée, la mère étant principalement responsable de l'enfant. Cette ordonnance a été signée en avril 2006. Voici ce qu'a dit le juge saisi de la motion :

> [TRADUCTION]
> L'ordonnance par consentement a permis aux parties de collaborer, non sans heurts, jusqu'à ce que, en août 2010, [le père] découvre que sa fille [P.] [*sic*] avait un « secret » – maman lui avait dit qu'elles allaient déménager à Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest, très bientôt et qu'elle ne devait pas le dire à Papa. [Par. 4 de la décision du juge saisi de la motion.]

[4] Cela s'est révélé exact. La mère prévoyait déménager à Yellowknife avec son nouveau conjoint et elle avait aussi l'intention d'emmener l'enfant ainsi qu'un demi-frère plus jeune qu'elle.

[5] Le 19 août 2010, le père a déposé un avis de motion dans lequel il demandait que l'on interdise à la mère de déplacer l'enfant hors du Nouveau-Brunswick jusqu'à ce qu'une audience soit tenue afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Le 20 août 2010, la Cour a signé une ordonnance *ex parte* dans laquelle la mesure réparatoire demandée par le père était accordée. Le père n'a pas sollicité d'autre mesure réparatoire de la Cour, mais la mère a sollicité une audience concernant le déplacement de l'enfant et a demandé qu'on lui accorde la garde exclusive de l'enfant mais que l'ordonnance d'accès déjà rendue demeure en vigueur.

[6] Le 30 août 2010, une audience relative à la motion a commencé et elle a duré quatre jours. Huit personnes ont témoigné, cinq pour le père et trois pour la mère. Le juge saisi de la motion a dit dans la décision que seul un des témoins, savoir l'enseignante de l'enfant, pouvait être considéré comme objectif ou impartial.

[7] Dans sa décision, le juge a effectué une analyse approfondie des principes et facteurs dont il faut tenir compte dans le cadre d'un litige concernant la garde et le déménagement d'un enfant. Il a examiné les rapports de l'enfant avec chacun des parents et, en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, il a conclu que cette dernière ne serait pas autorisée à déménager avec sa mère. Le juge a prescrit un calendrier d'accès

qui semble pallier la réduction du nombre des contacts réguliers que l'enfant aurait avec la mère.

III. Les questions à trancher

[8] L'avis d'appel additionnel attribue les erreurs de droit suivantes au juge saisi de la motion :

> [TRADUCTION]
> 1. Il n'a pas appliqué l'ensemble des facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, il a appliqué d'une façon erronée certains éléments de preuve ou n'en a pas tenu compte lorsqu'il a conclu que la garde de l'enfant serait transférée de la mère au père et il n'a pas suffisamment motivé sa décision.
>
> 2. Il n'a pas, de sa propre initiative, ordonné une évaluation dite « voix de l'enfant » après avoir entendu l'ensemble de la preuve.
>
> 3. À titre subsidiaire, la mère demande qu'une évaluation dite « voix de l'enfant » soit effectuée et un nouveau procès ordonné.

IV. La norme de contrôle

[9] La norme de contrôle qui s'applique dans des instances comme celle-ci commande la retenue. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit (voir les arrêts *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100; *MacLean c. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 R.N.-B. (2e) 90, au par. 18; *J.P. c. R.R.*, 2004 NBCA 98, 278 R.N.-B. (2e) 351, au par. 27; *Scott c. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 R.N.-B. (2e) 61, au par. 32, et *Boudreau c. Brun*, 2005 NBCA 106, 293 R.N.-B. (2e) 126, au par. 5).

[10] En somme, il faut exercer de la retenue envers l'appréciation de la preuve par le juge du procès lorsqu'il s'agit de décider qui devrait avoir la garde et à quelles conditions. Toutefois, nous ne sommes tenus à aucune déférence en ce qui concerne une question de droit, y compris la détermination du critère qui est applicable.

V. Analyse

[11] La mère prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en n'appliquant pas tous les facteurs dont il faut tenir compte aux fins d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et en appliquant la preuve d'une façon erronée, ou en n'en tenant pas compte, lorsqu'il a conclu que la garde serait modifiée et cesserait d'être une garde partagée (dans le cadre de laquelle la mère était principalement responsable de l'enfant), l'enfant étant confiée à la garde exclusive du père. Pour bien situer le critère ressortissant à l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation mettant en cause la mobilité, ou la liberté d'établissement, il faut examiner les dispositions législatives pertinentes en vigueur dans notre province ainsi que la jurisprudence se rapportant à cette question.

A. *Le cadre législatif*

[12] L'instance dont nous sommes saisis concerne la détermination des droits de garde d'une enfant âgée de six ans dont les parents n'étaient pas mariés. Nous devons donc examiner les sept critères énoncés à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2., où l'on trouve la définition suivante :

> « intérêt supérieur de l'enfant » désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu
>
> *a)* de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;
>
> *b)* des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

> *c)* de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;
>
> *d)* de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou soeur de l'enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l'enfant;
>
> *e)* des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;
>
> *f)* du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et
>
> *g)* du patrimoine culturel et religieux de l'enfant[.]

B. *La définition de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les instances ressortissant à la mobilité*

[13] Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la Cour suprême a établi les facteurs juridiques essentiels qui doivent entrer en ligne de compte dans une instance ressortissant à la mobilité (voir aussi l'arrêt *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200). Dans *Gordon c. Goertz*, la juge McLachlin (tel était alors son titre) a prescrit une analyse en deux étapes à laquelle il faut recourir pour trancher une requête en modification d'une ordonnance de garde. La première étape consiste à déterminer s'il est survenu un changement important quant à la situation de l'enfant. La deuxième consiste à de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant compte tenu des circonstances pertinentes. La préoccupation première demeure, toutefois, l'intérêt de l'enfant. Les principes établis dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* peuvent se résumer ainsi :

[...]

5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.

6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.

7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants :

   a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien;

   b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit;

   c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents;

   d) l'opinion de l'enfant;

   e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant;

   f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde;

   g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.

En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes? [Par. 49 et 50]

C. *Application des principes et de la jurisprudence aux circonstances de la présente instance*

[14] En l'espèce, le juge saisi de la motion a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il a conclu qu'il y avait lieu d'accorder la garde exclusive de l'enfant au père. Il a effectué l'analyse à deux volets prescrite dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. Après avoir déterminé qu'il était survenu un changement de situation, il a de nouveau déterminé l'intérêt de l'enfant. Le juge a consacré beaucoup de temps et d'efforts à appliquer aux faits qui nous occupent chacun des sept critères énoncés dans la définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*. Il est à remarquer que la présente instance est exceptionnelle en ce sens que le juge saisi de la motion disposait d'éléments de preuve incontestés établissant que de 2007 à 2009, l'enfant avait passé de longues périodes de temps avec son père. Depuis juin 2010, c'est le père qui prend soin de l'enfant à temps plein. À mon avis, le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en interprétant la preuve déposée devant lui et il y avait suffisamment d'éléments de preuve étayant sa décision selon laquelle il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être confiée à la garde du père.

D. *L'évaluation dite « voix de l'enfant »*

[15] Dans son mémoire, la mère affirme que le juge saisi de la motion a commis une erreur en n'ordonnant pas, de sa propre initiative, une évaluation dite « voix de l'enfant » comme le prévoit le par. 11.4(1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire.* Ce paragraphe est ainsi rédigé :

11.4(1) Upon *ex parte* application or on his own motion a judge of the Family Division <u>may</u> direct a family counsellor, social worker, probation officer or other person to make a report concerning any matter that, in the opinion of the judge, is a subject of the proceeding. [Emphasis added]	**11.4**(1) À la suite d'une demande *ex parte* ou de sa propre initiative, un juge de la Division de la famille <u>peut</u> charger un conseiller familial, un travailleur social, un agent de probation ou toute autre personne de faire un rapport sur toute question qui, selon lui, a des liens avec la procédure. [C'est moi qui souligne.]

[16] Voici ce qu'a dit la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *P.R.H.* :

> La *Loi sur le divorce* ne confère aucun pouvoir d'ordonner une évaluation effectuée par un professionnel des soins aux enfants qui relèverait de la Cour et des avocats. Si une évaluation doit être ordonnée il faut que ce soit sur une des deux bases possibles suivantes : la compétence *parens patriae* du juge de première instance ou le pouvoir inhérent des tribunaux judiciaires de contrôler leur propre procédure. En Ontario, il semble que les tribunaux accordent souvent une moins grande importance aux rapports d'évaluation dans les affaires où il y a un déménagement que dans d'autres genres d'instances se rapportant aux enfants; en fait, plus souvent qu'autrement, les tribunaux n'en ont pas tenu compte. Dans la jurisprudence, on insiste sur le fait qu'une évaluation n'est pas nécessaire lorsqu'aucune question d'ordre clinique nécessitant une preuve d'expert n'est soulevée en s'appuyant sur les faits et qu'il n'existe aucun véritable différend entre les parties en ce qui concerne la façon dont les enfants ont réagi à l'éclatement de la famille. La Cour ne devrait pas ordonner une évaluation dans le simple but d'obtenir l'opinion apparemment impartiale d'un tiers sur ce qui est dans l'intérêt d'un enfant : voir la décision *Stefureak c. Chambers*, [2004] O.J. No. 4253 (C. sup. Ont.) (QL), où la Cour a statué que la détermination des désirs d'un enfant de sept ans ne justifiait pas une évaluation puisqu'il n'y avait pas de question d'ordre clinique à trancher. Un juge ne devrait ordonner une évaluation, laquelle suppose une preuve ou une opinion d'expert, que lorsque se posent une question ou un problème précis qui nécessitent l'intervention d'un expert (voir la décision *Sheikh c. Sheikh*, [2004] O.J. No. 4384 (C. sup. Ont.) (QL)).
>
> De plus, la Cour ne devrait pas déléguer à un évaluateur son obligation de déterminer quelle entente relative au partage des responsabilités parentales est dans l'intérêt d'un enfant : *M.J. c. P.C.* (2002), 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); motifs additionnels à [2003] O.J. No. 981 (C.A.) (QL). Voir aussi la décision *Snoddon c. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39. Toutefois, les tribunaux accordent habituellement une importance considérable aux recommandations d'un évaluateur, mais celles-ci ne sont qu'un des facteurs qu'ils doivent prendre

> en considération aux fins de leur décision. Le tribunal peut également choisir de ne pas tenir compte des recommandations de l'évaluateur, comme ce fut le cas dans l'affaire *Steeves c. Robinson* (2005), 278 R.N.-B. (2e) 38, [2005] A.N.-B. no 52 (QL), 2005 NBBR 46. En l'espèce, l'avocate de l'appelant a ainsi formulé la chose : [TRADUCTION] « Ce ne sont pas les psychologues qui tranchent les questions de garde mais bien les juges ». Je suis d'accord avec elle. [Par. 15 et 16]

J'estime que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en n'ordonnant pas une évaluation dite « voix de l'enfant ». La preuve produite devant lui (savoir le témoignage de huit témoins qui s'était étalé sur quatre jours) était amplement suffisante pour lui permettre de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant sans évaluation.

E. *La séparation d'une fratrie*

[17] Lors de l'audition de l'appel, la question de la séparation des fratries s'est posée. En l'espèce, la mère a eu un fils avec un autre homme. Cet enfant est le demi-frère cadet de l'enfant qui est au centre du présent litige et il a déménagé à Yellowknife avec la mère. Les tribunaux se montrent habituellement réticents à séparer une fratrie lorsqu'ils prennent l'intérêt supérieur de l'enfant en considération. Voici ce qu'a dit le juge Larlee dans l'arrêt *P.R.H.* :

> […] Le juge n'a pas pris en considération l'effet d'une séparation de L. d'avec sa sœur et il n'a pas non plus fait état des circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier une séparation de cette nature ni examiné la jurisprudence relative à la séparation des fratries. Une décision aussi exceptionnelle nécessite une analyse approfondie du genre de celle qui a été faite dans la décision *Funk c. Funk*, [2004] B.C.J. No. 2932 (QL), 2004 BCSC 1800. Je suis d'avis que l'omission d'examiner ces critères pertinents constitue une omission fondamentale et une erreur importante qui justifie l'intervention de notre Cour. [Par. 24]

[18] Par conséquent, dans les instances ressortissant à la garde en général, l'omission de tenir compte de l'effet de la séparation d'une fratrie pourrait être considérée comme une omission et une erreur importantes. En l'espèce, toutefois, le juge du procès n'a commis aucune erreur parce qu'il a expliqué pour quelles raisons des « circonstances exceptionnelles » se faisaient jour dans ce cas-ci. Dans la présente instance, les liens qui unissent une fratrie ne sont pas les seuls qu'il faille prendre en considération. L'enfant a aussi, par son père, un demi-frère dont elle est très proche. La conjointe du père a également un jeune fils avec lequel l'enfant a noué des liens étroits. Il y a donc des rapports avec plusieurs fratries et il existe par conséquent des circonstances exceptionnelles.

VI. Dispositif

[19] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens.