

Richard Hugh Frame *Appellant*

v.

Eleanor Margaret Smith and Johnston Smith *Respondents*

INDEXED AS: FRAME V. SMITH

File No.: 18164.

1986: March 20; 1987: September 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Practice — Motion to strike — Family law — Appellant (a non-custodial parent) deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Respondents' conduct resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4) — Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68 (as am.), ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Ontario Rules of Practice, Rule 126.

Family law — Custody and access — Non-custodial parent deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Denial of access resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children.

Richard Frame and Eleanor Smith had three children during their marriage. After their separation, the wife was granted custody, with generous visiting privileges to the husband, and more specific orders of access were later issued. The husband maintains that his former wife did everything in her power to frustrate his access to the children: she moved to distant cities without notification, changed the children's surname and religion, told them that the appellant was not their father, forbade telephone conversation with him, and intercepted his letters to them. The husband alleges he has undergone considerable expense and has suffered severe emotional and psychic distress because of this conduct and claims damages from respondents flowing from their wrongful

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Richard Hugh Frame *Appellant*

c.

Eleanor Margaret Smith et Johnston Smith

a *Intimés*

RÉPERTORIÉ: FRAME C. SMITH

N° du greffe: 18164.

b 1986: 20 mars; 1987: 17 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

c

Pratique — Requête en radiation — Droit de la famille — Refus délibéré à l'appellant (un parent non gardien) du droit de visite à regard de ses enfants malgré des ordonnances du tribunal à cet effet — Conduite des intimés causant à l'appellant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appellant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants? — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 69(4) — Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68 (mod.), art. 19a), d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Règles de pratique de l'Ontario, art. 126.

Droit de la famille — Garde et droit de visite — Refus délibéré au parent non gardien du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré les ordonnances du tribunal à cet effet — Refus du droit de visite causant à l'appellant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appellant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants?

Richard Frame et Eleanor Smith ont eu trois enfants au cours de leur mariage. Après leur séparation, l'épouse a obtenu la garde des enfants, avec de généreux privilèges de visite pour le mari et, par la suite, des ordonnances plus précises sur le droit de visite ont été rendues. Le mari soutient que son ex-épouse a tout fait en son pouvoir pour le frustrer de son droit de visite à l'égard des enfants: elle a déménagé dans des villes éloignées sans l'avertir, elle a changé le nom et la religion des enfants, elle leur a dit que l'appellant n'était pas leur père, elle leur a interdit de lui parler au téléphone et a intercepté les lettres qu'il leur avait envoyées. Le mari soutient qu'il a engagé des frais importants et a subi un grave stress émotionnel et psychique en raison de cette

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

interference with the legal relationship he had with his children.

An application to strike was granted, and was upheld on appeal. At issue here is whether the appellant has a right of action against his former spouse and her present husband for interfering with his access to his children.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: No tort action exists. The old actions of enticement, harbouring, seduction or loss of services that gave some protection to a father's interest in his children, and which all had a distinctly pecuniary flavour, have now been abolished in Ontario by the *Family Law Reform Act*. This Court found the tort of alienation of affection of a spouse did not exist in Canada; such domestic matters lie outside the realm of the law altogether. Applying the tort of conspiracy here would bring about serious disadvantages and run afoul of this Court's opinion discouraging its extension. A parent probably had no right of access at common law (as opposed to custody) upon which an action could be grounded. There is no pecuniary interest involved here, and in any event, any possible interest is akin to that which would have been protected by the rejected tort of alienation of affections.

Any possible judicial initiative has been overtaken by legislative action. The Legislature intended to devise a comprehensive scheme for dealing with the issues of family breakdown and of custody and access to the children. If it had contemplated additional support by civil action, it would have made provision for this, especially given the rudimentary state of the common law. What the present action appears to contemplate is the enforcement of an order made by virtue of a statutory discretion by means of a civil action rather than by means of the remedies provided by the Act. There is no need today to supplement legislative action in this way. Indeed, to do so may well do violence to the comprehensive statutory scheme provided by the Legislature.

A breach of the statutorily authorized order in the present case cannot give rise to a fiduciary relationship on which a cause of action can be grounded. All the reasons for not permitting a tort action apply equally to an action for the breach of such an obligation. Then, too, this course of action is extremely ill-defined and

conduite et réclame des dommages-intérêts des intimés pour leur ingérence illégale dans le rapport juridique qu'il avait avec ses enfants,

La requête en radiation a été accordée et maintenue en appel. La question posée en l'espèce est de savoir si l'appelant avait un droit d'action contre son ex-épouse et son mari actuel en raison de l'ingérence dans son droit de visite à l'égard de ses enfants.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest: Il n'existe pas d'action en responsabilité délictuelle. Les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services qui accordaient autrefois une certaine protection à l'intérêt d'un père à l'égard de ses enfants et qui avaient une connotation particulièrement pécuniaire ont été abolies en Ontario par la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Cette Cour a statué que le détournement d'affection d'un conjoint n'existait pas au Canada; de telles affaires familiales ne relèvent absolument pas du droit. L'application du délit civil de complot en l'espèce comporterait de graves inconvénients et serait contraire à l'opinion de cette Cour décourageant son extension. Un parent n'a probablement aucun droit de visite fondé sur la *common law* (par opposition au droit de garde) qui puisse servir de fondement à une action. Il n'y a en l'espèce aucun intérêt pécuniaire et, quoi qu'il en soit, tout intérêt éventuel est très voisin de celui qu'aurait protégé le délit civil de détournement d'affection qui a été supprimé.

Le législateur a pris les devants sur toute initiative judiciaire éventuelle. Le législateur a voulu créer un régime détaillé pour régler les problèmes de rupture familiale, de la garde des enfants et du droit de leur rendre visite. S'il avait envisagé l'appui supplémentaire d'une action civile, il l'aurait prévue, surtout étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. La présente action paraît envisager la mise à exécution d'une ordonnance rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi, au moyen d'une action civile plutôt qu'au moyen des redressements prévus par la Loi. Point n'est besoin aujourd'hui de compléter les mesures législatives de cette façon. En fait, cela pourrait bien porter atteinte au régime complet prévu par le législateur.

Une violation de l'ordonnance autorisée par la loi en l'espèce ne peut donner naissance à des rapports fiduciaires qui puissent fonder une cause d'action. Tous les motifs pour écarter une action délictuelle s'appliquent également à une action pour la violation d'une telle obligation. En outre, ce recours est extrêmement mal

precision virtually impossible. The uncertainties surrounding this amorphous remedy have the potential to generate pyrrhic, excessive and often needless litigation. Permitting civil actions against the custodial parents cannot be said with any certainty to be in the best interests of the child, whether this be by creating a tort or by recognizing a fiduciary relationship arising out of a court order. Like the resort to fines and imprisonment permitted by the Act, these proposed remedies could encroach on the resources of the custodial parent and could cause the child to suffer from the knowledge that one parent has taken such drastic action against the other.

Per Wilson J. (dissenting): The facts as pleaded in the statement of claim, if proved, would not give rise to a cause of action based on the torts of conspiracy, intentional infliction of mental suffering, and unlawful interference with another's relationship, or on a right at common law of access to children but they would give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty.

The torts of conspiracy, intentional infliction of mental suffering and of unlawful interference with another's relationship should not extend to the family law situation, notwithstanding the fact that the threshold circumstances necessary to them existed. Each of these torts have particularities discouraging their extension into this area but the common denominator was that their extension would not be in the best interests of the children. Little would be achieved towards encouraging the maintenance and development of the relationship between both parents and the children. Rather, their extension into this area of family law would create legal conditions tailor-made for abuse, with the potential for petty and spiteful litigation and for extortionate and vindictive behaviour.

Appellant cannot rely on the common law as the source of his right of access. He must rely on the court order because: (a) it is doubtful that a common law right of access independent of the statutory right granted by the court exists; and (b) even if such a right had existed at one time, it could not have survived to the present day in the face of the shift in emphasis from parental rights to children's rights. Appellant does not have a civil cause of action based on the "right" of access embodied in the court order. First, it is simply not in the child's best interests to recognize the general availability of an action based on the court order given its potential for frequent litigation, thus multiplying the

défini et la précision est virtuellement impossible. Les incertitudes qui entourent ce recours informe présentent le danger d'engendrer éventuellement des litiges désastreux, démesurés et souvent inutiles. Il n'est pas du tout certain que permettre des actions civiles contre les parents qui ont la garde puisse être dans l'intérêt véritable de l'enfant, que ce soit par la création d'un délit civil ou par la reconnaissance de rapports fiduciaires découlant d'une ordonnance judiciaire. À l'instar du recours aux amendes et à l'emprisonnement, autorisés par la Loi, ces recours proposés pourraient réduire les ressources du parent gardien et faire souffrir l'enfant qui saurait qu'un parent a pris une mesure aussi draconienne contre l'autre.

Le juge Wilson (dissidente): Les faits plaidés dans la déclaration ne permettraient pas, s'ils étaient prouvés, une cause d'action fondée sur des délits civils tels le complot, le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui, ou sur un droit de visite à l'égard des enfants en *common law*, mais ils pourraient donner naissance à une cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire.

Les délits civils tels le complot, le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui ne devraient pas être étendus à la situation du droit de la famille, nonobstant l'existence des circonstances préliminaires qui leur sont nécessaires. Chacun de ces délits civils possèdent des caractéristiques contraires à leur extension dans ce domaine, mais le dénominateur commun est que leur extension ne serait pas dans l'intérêt véritable des enfants. Ils seraient inefficaces pour encourager une conduite favorable au maintien et au développement de rapports entre les parents et leurs enfants. Plutôt, leur extension dans ce domaine du droit de la famille créerait des conditions juridiques qui entraîneraient des abus, et serait susceptible de donner lieu à des litiges mesquins et malveillants et à un comportement exorbitant et vindicatif.

L'appellant ne peut se fonder sur la *common law* comme source de son droit de visite. Il doit se fonder sur l'ordonnance du tribunal parce que: a) il est douteux qu'il existe un droit de visite de *common law* indépendant du droit légal accordé par le tribunal et b) même si un tel droit avait existé à un moment donné, il n'aurait pas pu subsister jusqu'à maintenant devant l'accroissement de l'importance qu'ont pris les droits de l'enfant au dépens des droits parentaux. L'appellant n'a pas une cause d'action civile fondée sur le «droit» de visite incorporé dans l'ordonnance du tribunal. Premièrement, il n'est tout simplement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant de reconnaître la possibilité générale de recourir

traumatizing effects of the marriage breakdown on the Child. Second, a civil action for breach of a court order has never been recognized by our law as a method of enforcing court orders. And third, the legislature, in spelling out the enforcement mechanisms, has not provided for such an action.

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

These three underlying characteristics are present in the relationship under review. The custodial parent has been placed as a result of the court's order in a position of power and authority over the children with the potential to prejudicially affect and indeed utterly destroy their relationship with their non-custodial parent through improper exercise of the power. The requisite vulnerability is present, and in practical terms, the non-custodial parent can do little to restrain the custodial parent's improper exercise of authority or to obtain redress for it. The options open to an aggrieved non-custodial parent in the face of a campaign by a custodial parent to cut the non-custodial parent off from the child are exceedingly limited.

Existing fiduciary principles should be extended to this particular family law situation. First, this cause of action arises only in the particular circumstance, that of vulnerability created by the splitting of the custody and access of children by the issuance of a court order. Second, the cause of action for breach of fiduciary duty creates a very strong incentive to custodial parents to exercise their custodial rights so as to further the best interests of their children, to recognize that their children are entitled to an ongoing relationship with their other parent and that it is a serious matter to use the authority confided in them by an order of the court to deprive their children of this other dimension in their lives. Finally, unlike the causes of action in tort, the cause of action for breach of fiduciary duty allows the court to take into account conduct of a non-custodial parent (whether related to custody and access issues or

à une action fondée sur l'ordonnance du tribunal compte tenu de la possibilité que des litiges se produisent fréquemment, multipliant ainsi les effets traumatisants de la dissolution du mariage à l'égard de l'enfant. Deuxièmement, une action civile fondée sur la violation d'une ordonnance du tribunal n'a jamais été reconnue dans notre droit comme une méthode d'exécution des ordonnances des tribunaux. Et troisièmement, le législateur, en énonçant les mécanismes d'exécution, n'a pas prévu une telle action.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) Le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) Le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) Le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Ces trois caractéristiques sous-jacentes se trouvent dans les rapports qui nous intéressent. Le parent gardien a été placé par suite de l'ordonnance de la cour dans une situation de pouvoir et d'autorité à l'égard des enfants et a la possibilité de porter atteinte aux rapports avec le parent non gardien et en fait de les détruire complètement par l'exercice abusif de ce pouvoir. La vulnérabilité requise est présente et, en pratique, il n'y a pas grand chose que le parent non gardien puisse faire pour empêcher le parent gardien d'exercer son pouvoir de manière abusive ou pour obtenir un redressement contre celui-ci. Les possibilités de recours du parent non gardien lésé face à la campagne du parent gardien pour couper tout lien avec l'enfant sont extrêmement limitées.

Les principes fiduciaires existants devraient être étendus à cette situation particulière du droit de la famille. D'abord, cette cause d'action ne se présente que dans une circonstance particulière, la vulnérabilité créée par la division de la garde de l'enfant et du droit de visite par l'ordonnance d'un tribunal. Ensuite, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire incite très fortement les parents gardiens à exercer leur droit de garde de manière à favoriser l'intérêt véritable de leurs enfants, à reconnaître que leurs enfants ont droit à des rapports permanents avec l'autre parent et que l'utilisation du pouvoir qui leur a été confié par une ordonnance d'un tribunal pour priver leurs enfants de cette autre dimension dans leur vie est un acte grave. Enfin, contrairement aux causes d'action délictuelle, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire permet au tribunal de tenir compte de la conduite du parent non gardien

not) which might be contrary to the best interests of children.

It is within the jurisdiction of the courts, particularly courts of equity, to prevent a cause of action from proceeding if there is any risk of injury to the children's interests. The cause of action for breach of fiduciary duty can proceed only if there is no risk that the support of the children will be impaired and no risk of a harmful conflict of loyalties arising in the children. Accordingly, not every denial of access rights will give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty but only where a sustained course of conduct has caused severe damage to the non-custodial parent-child relationship to the detriment of both the non-custodial parent and the child.

Historically, courts of equity have been willing to grant equitable relief supplementing statutory relief for a statutory wrong. The clear and compelling statutory language necessary to oust equity's broad inherent jurisdiction to give equitable relief in appropriate circumstances does not exist in any of the legislation applicable to this case. The cause of action for breach of fiduciary duty is not founded "directly upon breach of a statute" but rather is one existing independently of the statute founded "by reference to the policies reflected in the statute and standards fixed in the statute".

The remedies normally awarded for breach of fiduciary duty are the imposition of a constructive trust and the accounting of profits: neither is applicable here. Equitable compensation, however, is also available and would allow the appellant to recover not only his out-of-pocket expenses incurred throughout the campaign to destroy his relationship with his children but also a realistic sum for his pain and suffering which, in this case, would include compensation for the severe depression he suffered as a result of the respondents' conduct.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; **referred to:** *Schrenk v. Schrenk* (1982), 36 O.R. (2d) 480, affirming (1981), 32 O.R. (2d) 122; *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443; *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715; *Canada Cement LaFarge Ltd.*

(qu'elle soit reliée ou non à des questions de garde et de droit de visite) qui pourrait être contraire à l'intérêt véritable des enfants.

Les tribunaux sont compétents, particulièrement les tribunaux d'*equity*, pour empêcher qu'une cause d'action ne soit utilisée s'il y a un risque de préjudice à l'égard de l'intérêt des enfants. La cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire ne pourra être utilisée que s'il n'y a aucun risque de porter atteinte au soutien de l'enfant ni de créer un conflit préjudiciable de loyauté chez les enfants. En conséquence, il ne naîtra pas une cause d'action pour violation du devoir fiduciaire chaque fois que le droit de visite est refusé, mais seulement lorsque la conduite permanente a causé des dommages importants au rapport entre le parent non gardien et l'enfant, au détriment de ce parent et de l'enfant.

Historiquement, les tribunaux d'*equity* ont même été prêts à accorder des redressements en *equity* qui complétaient les recours prévus par la législation à l'égard de violations de la loi. Le texte législatif clair et précis nécessaire pour écarter cette large compétence inhérente d'accorder un redressement en *equity* dans des circonstances appropriées n'existe dans aucune mesure législative applicable à l'espèce. La cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire n'est pas fondée «directement sur la violation d'une loi», mais existe plutôt indépendamment de la loi fondée «par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi».

Les redressements qui sont normalement accordés dans le cas de violation du devoir fiduciaire sont l'imposition d'une fiducie par interprétation et la comptabilisation des bénéfices: aucun de ces redressements ne s'applique en l'espèce. Toutefois, l'indemnité reconnue en *equity* est également un redressement possible et permettrait à l'appelant de recouvrer non seulement les débours qu'il a subis au cours de la campagne qui visait à détruire ses rapports avec ses enfants, mais également une somme réaliste représentant sa douleur et ses souffrances qui, en l'espèce, comprendrait l'indemnisation relative à la grave dépression dont il a souffert par suite de la conduite des intimés.

Jurisprudence

i Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; **arrêts mentionnés:** *Schrenk v. Schrenk* (1982), 36 O.R. (2d) 480, confirmant (1981), 32 O.R. (2d) 122; *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443; *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715; *Ciments*

v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd., [1983] 1 S.C.R. 452; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

By Wilson J. (dissenting)

Operation Dismantle Inc. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300; *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421; *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524; *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922; *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516; *Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39, affirming *sub nom. R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743; *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 2, affirming (1971), 22 D.L.R. (3d) 639; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428; *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337; *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665; *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400; *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121; *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty.*

Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd., [1983] 1 R.C.S. 452; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, Section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Operation Dismantle Inc. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300; *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421; *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524; *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922; *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516; *Varga c. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39, confirmant *sub nom. R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743; *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 2, confirmant (1971), 22 D.L.R. (3d) 639; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428; *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337; *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665; *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400; *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121; *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2

Ltd., [1982] 2 N.S.W.L.R. 766; *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226; *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809.

Statutes and Regulations Cited

Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68, ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40.
Children's Law Reform Amendment Act, 1982, S.O. 1982, c. 20, s. 1.
Custody of Infants Act 1839 (Talfourd's Act), 2 & 3 Vict., c. 54 (U.K.)
Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4., s. 16(10).
Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, ss. 60, 69(4).
Guardianship of Infants Act, 1886, 49 & 50 Vict., c. 27 (U.K.)
Guardianship of Minors Act, S.O. 1887, c. 21.
Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 25, rep. & sub. by *Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 109.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, as am.
Ontario Rules of Practice, r. 126.
Supreme Court of Judicature Act, 1873, 36 & 37 Vict., c. 66 (U.K.)

Authors Cited

Austin, R. P. "The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96.
Brown, Harold. "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650.
Burns, Peter. "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.
Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349.
Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
Goff, Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
Halsbury's Laws of England, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215. London: Butterworths, 1976.
Heffey, Peter G. "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136.
Jones, Gareth. "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472.
Keeton, George Williams and L. A. Sheridan. *Equity*. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1969.

N.S.W.L.R. 766; *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226; *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809.

a Lois et règlements cités

Custody of Infants Act 1839 (Talfourd's Act), 2 & 3 Vict., chap. 54 (R.-U.)
Guardianship of Infants Act, 1886, 49 & 50 Vict., chap. 27 (R.-U.)
Guardianship of Minors Act, S.O. 1887, chap. 21.
Judicature Act, L.R.O. 1980, chap. 223, art. 25, abr. et rempl. par la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 109.
Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.O. 1982, chap. 20, art. 1.
Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, chap. 4, art. 16(10).
Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 60, 69(4).
Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68, art. 19a), d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, chap. 318, mod.
Règles de pratique de l'Ontario, art. 126.
Supreme Court of Judicature Act, 1873, 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.-U.)

Doctrines citées

Austin, R. P. «The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96.
Brown, Harold. "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650.
Burns, Peter. «Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.
Davidson, Ian E. «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349.
Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
Goff, Robert and Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
Halsbury's Laws of England, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215. London: Butterworths, 1976.
Heffey, Peter G. "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136.
Jones, Gareth. "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 427.
Keeton, George Williams and L. A. Sheridan. *Equity*. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1969.

Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context*. London: Croom Helm, 1984.

Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.

McLeod, James G. "Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

Milner, Alan. "Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law" (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417.

Mosberg, Clay A. Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1969.

Restatement of the Law of Torts. As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1938.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

Solomon, Robert M., Bruce P. Feldthusen and Stephen J. Mills. *Cases and Materials on the Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.

Vinter, E. *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts*, 3rd ed., 1955.

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

Williams, Glanville. "The Foundations of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Boland J. granting an order to strike for want of a reasonable cause of action. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Stephen B. Smart, for the appellant.

Gregory Frink, for the respondents.

The judgment of Dickson C. J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this case is whether the appellant has a right of action against his former spouse and her present husband for interfering with his access to his children.

Background

This appeal arises out of a motion to strike out a statement of claim on the ground that it discloses no cause of action. That being the case, it must be

Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context*. London: Croom Helm, 1984.

Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.

^a McLeod, James G. «Annotation» to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

Milner, Alan. «Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law» (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417.

^b Mosberg, Clay A. Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1969.

^c **Restatement of the Law of Torts.** As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1938.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

^d Solomon, Robert M., Bruce P. Feldthusen et Stephen J. Mills. *Cases and Materials on the Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.

Vinter, E. *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts*, 3rd ed., 1955.

^e Weinrib, Ernest J. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

Williams, Glanville. «The Foundations of Tortious Liability» (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111.

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Boland qui avait accordé une ordonnance de radiation pour absence de cause raisonnable d'action. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Stephen B. Smart, pour l'appellant.

Gregory Frink, pour les intimés.

^h Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

ⁱ LE JUGE LA FOREST—La question en l'espèce est de savoir si l'appellant a un droit d'action contre son ex-épouse et son mari actuel pour entrave à son droit de visite à l'égard de ses enfants.

Le contexte

^j Ce pourvoi découle d'une requête en radiation d'une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action. Il faut donc présumer, aux

assumed, for the purposes of the motion, that the facts pleaded are true. The most salient of these are as follows.

Richard Frame and Eleanor Smith were formerly husband and wife and had three children, now aged 24, 19 and 18. The couple separated in 1970, and in 1971 a Manitoba court granted the wife custody of the children, with generous visiting privileges to her husband. Later orders of access were issued in Ontario in 1974 and 1975. According to the husband, however, his former wife has done everything in her power to frustrate his access to the children. She has moved between Winnipeg, Toronto, Denver and Ottawa, making access and visitation, in his words, impossible. She changed the children's surname and religion, told them that the appellant was not their father, forbade telephone conversation with him, and intercepted his letters to them. The husband alleges that as a result of his former wife's conduct he has undergone considerable expense and has suffered severe emotional and psychic distress. He claims that she and her present husband are liable for any damages flowing from their wrongful interference with the legal relationship he had with his children. Accordingly, he seeks recovery not only of his out-of-pocket expenses (estimated at \$25,000), but of general and punitive damages in the sum of \$1,000,000 and \$500,000 respectively. The endorsement on the writ of summons reads as follows:

The Plaintiffs claim is for damages as a result of the defendants' failure to permit the plaintiff to exercise the right to access to his children or alternatively, damages relating to the defendants' wilful denial or refusal to permit the plaintiff from exercising his lawful right to access to his children or alternatively, damages arising from the defendants' conspiracy to commit acts in order to prevent the plaintiff from exercising his legal rights and for damages related to the plaintiffs loss of opportunity to develop a meaningful human relationship and have social companionship and contact with his children and to provide and give to the said children proper parental love, care and guidance.

fins de la requête, que les faits rapportés dans les plaidoiries sont exacts. Les plus importants sont les suivants.

a

Richard Frame et Eleanor Smith ont déjà été mari et femme et ils ont trois enfants maintenant âgés de 24, 19 et 18 ans. Le couple s'est séparé en 1970 et, en 1971, un tribunal manitobain a accordé à l'épouse la garde des enfants, assortie de généreux privilèges de visite à l'époux. Des ordonnances subséquentes accordant des droits de visite ont été délivrées en Ontario en 1974 et 1975. Toutefois, selon le mari, son ex-épouse a fait tout ce qu'il lui était possible pour faire échec à son droit de visite à l'égard des enfants. Elle a habité successivement Winnipeg, Toronto, Denver et Ottawa, rendant les droits de visite, à son dire, impossibles à exercer. Elle a changé le nom de famille et la religion des enfants, leur a dit que l'appelant n'était pas leur père, leur a interdit les conversations téléphoniques avec lui et a intercepté les lettres qu'il leur adressait. Le mari allègue qu'à cause de la conduite de son ex-épouse il a engagé des dépenses considérables et a subi de graves problèmes émotionnels et psychiques. Il prétend qu'elle et son époux actuel sont responsables de tous dommages résultant de leur entrave illégale aux rapports légaux qu'il avait avec ses enfants. Il cherche par conséquent à recouvrer non seulement ses débours (estimés à 25 000 \$), mais des dommages-intérêts généraux et punitifs de 1 000 000 \$ et 500 000 \$ respectivement. L'inscription sur le bref d'assignation se lit comme suit:

b

c

d

e

f

g

h

i

j

[TRADUCTION] Le demandeur réclame des dommages-intérêts par suite du refus des défendeurs de lui permettre d'exercer le droit de visite à l'égard de ses enfants ou, subsidiairement, des dommages-intérêts relatifs au refus volontaire des défendeurs de lui permettre d'exercer son droit légal de visite à l'égard de ses enfants ou, subsidiairement, les dommages-intérêts résultant du complot des défendeurs visant à accomplir des actes destinés à empêcher le demandeur d'exercer ses droits légaux et des dommages-intérêts relatifs à la perte de possibilité du demandeur de développer des rapports humains significatifs et de jouir de la compagnie de ses enfants et de contacts avec eux et de fournir et donner auxdits enfants l'amour, les soins et les conseils parentaux qui conviennent.

The defendants moved for an order to have the action struck out under Rule 126 of the *Ontario Rules of Practice*. Considering herself bound by the similar case of *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122 (Ont. H.C.), aff'd (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), Boland J. made the order. On appeal to the Ontario Court of Appeal, that court, too, considered itself bound by its earlier decision in *Schrenk* and dismissed the appeal.

The appellant then sought and was granted leave to appeal to this Court.

Possible Tort Liability

Despite their deep human and social importance, the interest of parents in the love and companionship of their children and the reciprocal interest of children in the love and companionship of their parents were not, at common law, accorded specific protection. The *Restatement of the Law of Torts* (1938), s. 699, puts the parent's common law position in these words: "One who, without more, alienates from its parents the affection of a child, whether a minor or of full age, is not liable to the child's parent." There were the old actions of enticement, harbouring, or seduction or loss of services that gave some protection to a father's interest in his children, but these actions had a distinctly pecuniary flavour. In any event, they have now been abolished in Ontario by the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4).

In the United States, a separate tort of "alienation of affections" was developed to protect the reciprocal interest of spouses in one another's companionship, but from the mid-1930's onward, it began to fall into disfavour and, along with the traditional actions already mentioned, was abolished in many of the states. It simply did not sit well in an age of "rapidly shifting husbands and wives and ever-increasing family catastrophes"; for an account, see Alan Milner, "Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law" (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417, especially at pp. 435-36. The extension of the tort in a few state courts to allow parents to sue for the loss of

Les défendeurs ont demandé une ordonnance radiant l'action en vertu de l'article 126 des *Règles de pratique de l'Ontario*. **Se considérant liée par** une affaire semblable *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122 (H.C. Ont.), conf. (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), le juge Boland a rendu l'ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario s'est également considérée liée par son arrêt *Schrenk* et a rejeté l'appel.

L'appelant a alors demandé et obtenu une autorisation de pourvoi devant cette Cour.

De la responsabilité délictuelle

Malgré leur profonde importance humaine et sociale, l'intérêt des parents dans l'amour et la compagnie de leurs enfants et l'intérêt réciproque des enfants dans l'amour et la compagnie de leurs parents n'ont pas, en *common law*, reçu de protection **spécifique**. **Le *Restatement of the Law of Torts* (1938), art. 699, formule la situation des parents en *common law* en ces termes: [TRADUCTION] «Celui qui, sans plus, enlève à ses parents l'affection d'un enfant, qu'il soit mineur ou majeur, n'a aucune responsabilité envers les parents de l'enfant.»** Les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services accordaient autrefois une certaine protection à l'intérêt d'un père à l'égard de ses enfants, mais elles avaient une connotation particulièrement pécuniaire. Quoi qu'il en soit, elles ont été abolies en Ontario par la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, par. 69(4).

Aux États-Unis, on avait élaboré un délit civil distinct de «détournement d'affection» pour protéger l'intérêt réciproque des conjoints dans la compagnie de l'autre, mais vers le milieu des années 30 il a commencé à tomber en défaveur et, tout comme les actions traditionnelles déjà mentionnées, il a été aboli dans de nombreux États. Il ne s'insérerait tout simplement pas bien dans une époque de [TRADUCTION] «changements rapides de conjoints et de catastrophes familiales de plus en plus nombreuses»; pour des détails, voir Alan Milner, «Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law» (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417, en particulier les pp. 435 et 436. L'extension

affection of their children received anything but universal approval; see Milner, *ibid.*; Clay A. Mosberg, Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684. Opening the gates to a multiplicity of actions within the family circle and against close family friends was not viewed as an undiluted good. Indeed, in Michigan, one of the few states where this extension was made, the State legislature went out of its way to abolish it; see Mosberg, *ibid.*, at pp. 689-90. In Canada, this Court, in *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443, rejected an action by a husband to recover damages for the alienation of the affection of his wife, holding that no such tort existed in Canada. In this, it followed the lead of the English courts where, in *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715, Denning L.J. made it clear that such domestic matters lie outside the realm of the law altogether.

The husband in the present case also sought to rely on the tort of conspiracy but as my colleague Justice Wilson explains in her judgment, there are grave disadvantages associated with applying this tort to circumstances like the present. Further, as she notes, this Court has made it clear that it does not look kindly upon the extension of this tort, which it regards as an anomaly, see, *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 473, *per* Estey J. Wilson J., in her judgment, has also adequately disposed of the possibility of other existing torts applying to the circumstances of this case. It is also doubtful, as she observes, that a parent had at common law a right of access, as opposed to custody, upon which an action could be grounded. There is no pecuniary interest here, and, in any event, any possible interest seems to be very much akin to that which would have been protected by the rejected tort of alienation of affections.

du délit civil par certains tribunaux d'État de manière à permettre aux parents de poursuivre pour la perte d'affection de leurs enfants a été loin de recevoir l'approbation générale; voir Milner, *ibid.*, Clay A. Mosberg, Note, «A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection» (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684. La possibilité d'une multiplicité d'actions à l'intérieur du cercle familial et contre des proches de la famille n'a pas été considérée comme un bien sans réserve. En fait, au Michigan, un des rares États où on l'a ainsi étendu, la législature de l'État l'a aboli; voir Mosberg, *ibid.*, aux pp. 689 et 690. Au Canada, dans l'arrêt *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443, cette Cour a rejeté l'action d'un mari en dommages-intérêts pour le détournement de l'affection de son épouse, statuant qu'aucun délit civil de cette espèce n'existait au Canada. Elle a ainsi suivi la direction indiquée par les tribunaux anglais où, dans l'arrêt *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715, le lord juge Denning a établi clairement que ces affaires familiales ne relèvent absolument pas du droit.

Le mari en l'espèce cherche également à invoquer le délit civil de complot mais, comme l'explique ma collègue le juge Wilson dans ses motifs, l'application de ce délit civil à des circonstances comme celles de l'espèce comporte de graves inconvénients. Elle signale également que cette Cour a dit clairement qu'elle n'envisage pas d'un bon œil l'extension de ce délit civil qu'elle considère comme une anomalie, voir *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, le juge Estey à la p. 473. Dans ses motifs de jugement, le juge Wilson a également réglé de façon adéquate la possibilité d'application d'autres délits civils existants aux circonstances de la présente espèce. Il est également douteux, fait-elle observer, qu'un parent ait, en *common law*, un droit de visite, par opposition au droit de garde, qui puisse servir de fondement à une action. Il n'existe en l'espèce aucun intérêt pécuniaire et, quoi qu'il en soit, tout intérêt éventuel semble très voisin de celui qu'aurait protégé le délit civil de détournement d'affection qui a été écarté.

It would, of course, be possible for the courts to devise a new tort to meet the situation. And the temptation to do so is clearly present, for one cannot help but feel sympathy for the appellant and others in like situations. But there are formidable arguments against the creation of such a remedy. I have already mentioned the undesirability of provoking suits within the family circle. The spectacle of parents not only suing their former spouses but also the grandparents, and aunts and uncles of their children, to say nothing of close family friends, for interfering with rights of access is one that invites one to pause. The disruption of the familial and social environment so important to a child's welfare may well have been considered reason enough for the law's inaction, though there are others.

There are also serious difficulties in defining such a tort. At what stage and for what actions should one be able to claim interference with access? Is advice or encouragement to a child sufficient? It is notorious that free, and not always disinterested and wise advice abounds in a family setting. There are degrees of interference, of course, and some interference is malicious and some is not, but where the line is to be drawn defies specification. It seems to me that there is no clear boundary between ordinary interruptions to access and sustained, putatively actionable interference, and where the point is reached where permissible advice intended for the child's benefit stops and malicious obstruction begins is virtually impossible to divine. This is especially so because, as Alan Milner, *ibid.*, at p. 429, has pointed out, "when there is dislike, a desire to injure is never far behind." Besides, the awarding of damages will do little to bring back love and companionship, but it may, in some cases, well deprive a child of the support he or she might otherwise obtain from a custodial parent and relatives. If, on the other hand, the action is generally limited to the recovery of expenses, it will be of little use to most parents given the costs, in time and money, of court actions. These and other practical considerations are sufficient to raise serious doubts about whether an action at law is the appropriate way to deal with this type of situation. This probably

Les tribunaux pourraient évidemment concevoir un nouveau délit civil pour régler la situation. Et la tentation de le faire est évidemment bien présente, car on ne peut s'empêcher de ressentir de la sympathie pour l'appelant et les autres personnes dans des situations semblables. Mais des arguments redoutables s'opposent à la création d'un tel redressement. J'ai déjà mentionné qu'il était peu souhaitable de provoquer des poursuites au sein du cercle familial. Le spectacle de parents poursuivant non seulement leurs ex-conjoints mais également les grands-parents, les tantes, les oncles de leurs enfants, sans parler des proches de la famille, pour entrave aux droits de visite donne à réfléchir. L'éclatement du milieu familial et social, tellement important pour le bien-être d'un enfant, peut bien avoir constitué un motif mûrement réfléchi d'inaction juridique, bien qu'il y ait d'autres raisons.

La définition d'un tel délit civil présente également des difficultés importantes. À quelle étape et pour quels actes pourrait-on prétendre qu'il y a entrave aux droits de visite? Des conseils ou des encouragements donnés à un enfant sont-ils suffisants? Tout le monde sait que les conseils spontanés, et pas toujours désintéressés ni sages, abondent dans un milieu familial. Les entraves comportent évidemment différents degrés et certaines sont malveillantes, d'autres non, mais il est bien difficile de préciser où se situe la ligne de démarcation. Il me semble qu'il n'y a pas de limite claire entre les interruptions ordinaires du droit de visite et l'entrave soutenue, pouvant probablement donner ouverture à une action; et il est virtuellement impossible de prédire quand est atteint le point où s'arrêtent les avis acceptables donnés pour le bénéfice de l'enfant et où commence l'obstruction malveillante. Ceci est d'autant plus vrai que, comme l'a signalé Alan Milner, *ibid.*, à la p. 429 [TRADUCTION] «le désir de faire du mal suit de près l'aversion.» En outre, des dommages-intérêts ont peu de chance de ramener l'amour et la compagnie, mais ils peuvent bien, dans certains cas, priver un enfant du soutien qu'il obtiendrait autrement du parent qui en a la garde et d'autres membres de la famille. Si, par contre, l'action est limitée de façon générale au recouvrement des débours, elle aura peu d'utilité pour la plupart des parents étant donné les coûts, en temps et en

explains the reticence of the courts in finding a remedy at common law.

But what really determines the matter, in my view, is that any possible judicial initiative has been overtaken by legislative action. In all the provinces (and at the federal level for that matter), legislation has been enacted to deal with the modern phenomenon of frequent family break-downs and, in particular, to provide for custody of, and access to children. In Ontario, the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, as amended by the *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20, now deals with the matter in a comprehensive manner. In particular, the courts are given the role of ensuring that issues involving custody of, and access to children are determined on the basis of the best interests of the children (see ss. 19(a), 24(1)). Numerous remedies are provided for the enforcement of orders granting custody or access. The court can give such directions as it considers appropriate for the supervision of those having custody of, or access to the children (s. 35). It may, on application, make an order restraining any person from molesting, annoying or harassing the applicant or a child in the applicant's custody (s. 36). It may also empower the applicant or someone on his or her behalf to apprehend a child to give effect to the applicant's entitlement to custody or access (s. 37(1)). In certain circumstances, it may direct the sheriff or the police to do so (s. 37(2)), and empower them to enter and search any place where they have reasonable and probable grounds for believing the child may be, and to use such assistance or force as may be reasonable in the circumstances (s. 37(5)). The court may also take steps to prevent a child from being removed from the province (s. 38). In addition to its powers in respect of contempt, the court is empowered to impose a fine or imprisonment for wilful contempt of, or resistance to its

argent, des actions en justice. Ces considérations et d'autres d'ordre pratique suffisent pour soulever des doutes sérieux quant à savoir si une action en justice est une façon appropriée de régler ce genre de situation. C'est probablement ce qui explique la réticence des tribunaux à conclure à l'existence d'un redressement en *common law*.

Mais ce qui est vraiment concluant, à mon avis, c'est que le législateur a pris les devants sur toute initiative judiciaire éventuelle. Dans toutes les provinces (et au niveau fédéral d'ailleurs), on a adopté des mesures législatives qui traitent du phénomène moderne de l'effondrement fréquent des familles et, en particulier, qui prévoient la garde des enfants et le droit de leur rendre visite. En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, modifiée par la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.O. 1982, chap. 20, traite maintenant de la question d'une manière détaillée. En particulier, les tribunaux ont reçu comme rôle d'assurer que les questions litigieuses concernant la garde des enfants ou les droits de visite soient tranchées en fonction du meilleur intérêt de l'enfant (al. 19a) et par. 24(1)). De nombreux moyens sont prévus pour l'exécution d'ordonnances de garde ou de droit de visite. La cour peut donner les directives qu'elle juge appropriées relativement au contrôle de ceux qui ont la garde des enfants ou un droit de visite à leur égard (art. 35). Sur requête, elle peut rendre une ordonnance enjoignant à une personne de ne pas importuner ni harceler le requérant ou un enfant dont il a garde (art. 36). Elle peut également autoriser le requérant ou son représentant à appréhender l'enfant afin de faire respecter son droit de garde ou son droit de visite (par. 37(1)). Dans certaines circonstances, elle peut ordonner au shérif ou à la police de le faire (par. 37(2)), et les autoriser à pénétrer dans tout lieu où ils sont fondés à croire que l'enfant se trouve et à y faire une perquisition, et à recourir à l'aide ou à la force nécessaires dans les circonstances (par. 37(5)). La cour peut également prendre des mesures pour empêcher qu'un enfant soit emmené à l'extérieur de la province (art. 38). Outre son pouvoir en matière d'outrage, la cour peut imposer une amende ou une peine d'emprisonnement à quiconque contrevient de façon délibérée ou résiste

process or orders in respect of custody or access (s. 39).

It seems obvious to me that the Legislature intended to devise a comprehensive scheme for dealing with these issues. If it had contemplated additional support by civil action, it would have made provision for this, especially given the rudimentary state of the common law. Indeed, as we saw, the Legislature in a separate statute (the *Family Law Reform Act*) went out of its way to abolish all the relevant, if inadequate, remedies then existing at common law. Gray J. in *Schrenk, supra*, assumed that an action like the present fell within the ambit of these abolished common law remedies, and I agree that the statute shows a clear disposition not to permit recourse to the courts for civil actions of this nature. There is more here than the usual presumption that the Legislature must be taken to have known the pre-existing law. It had acted on the basis of a *Report on Family Law* (1969) prepared by the Ontario Law Reform Commission.

In adopting this position, I am merely following the approach taken by this Court in a number of recent cases. In *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, the Court had to deal with the issue whether the repeated denial of employment on the ground of racial discrimination gave rise to a common law tort. As is the case here, a comprehensive statute, *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, had been enacted to deal with the problem in the face of rudimentary common law development. As here too, the substance of the right was defined by the statute and an array of remedies had been devised to enforce it. Laskin C.J., speaking for the Court, at p. 189, made it clear that there was no room "to create by judicial fiat an obligation ... to confer ... [a] benefit upon certain persons ... solely on the basis of a breach of a statute which itself provides comprehensively for remedies for its breach". The present case, in my view, affords a complete parallel to that situation.

à ces brefs ou ordonnances de garde ou de droit de visite (art. 39).

Il me semble évident que le législateur a voulu créer un régime détaillé pour régler ces problèmes. S'il avait envisagé l'appui supplémentaire d'une action civile, il l'aurait prévue, surtout étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. En fait, nous l'avons vu, dans une loi distincte (la *Loi portant réforme du droit de la famille*) le législateur est sorti des sentiers battus pour abolir tous les redressements pertinents, mais inadéquats, alors existants en *common law*. Dans l'affaire *Schrenk*, précitée, le juge Gray a pris pour acquis qu'une action comme celle-ci fait partie des redressements de *common law* qui ont été abolis, et je conviens que la loi est clairement tournée vers le refus d'autoriser le recours aux tribunaux pour des actions civiles de cette nature. Il y a plus, en l'espèce, que la présomption habituelle qu'il faut considérer que le législateur connaissait le droit existant. Il a agi sur le fondement d'un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario déposé en 1969, intitulé *Report on Family Law*.

En adoptant cette position je suis simplement la méthode adoptée par cette Cour dans plusieurs arrêts récents. Dans l'affaire *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, la Cour a examiné la question de savoir si le refus répété d'emploi fondé sur la discrimination raciale donnait ouverture à un délit civil en *common law*. Comme en l'espèce, une loi détaillée, *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, avait été adoptée pour régler le problème étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. Comme en l'espèce également, la loi définissait l'essence du droit et créait un nombre imposant de recours pour le mettre à exécution. Le juge en chef Laskin, parlant au nom de la Cour, a dit clairement à la p. 189 qu'il n'était pas possible «de créer par autorisation judiciaire une obligation [...] de conférer un avantage [...] à certaines personnes [...] sur le seul fondement de la violation d'une loi qui, elle, prévoit de façon détaillée des recours en cas de violation». À mon avis, l'affaire en l'espèce présente une situation tout à fait semblable.

More generally, what the present action appears to contemplate is the enforcement of a statutory duty, or what amounts to the same thing, an order made by virtue of a statutory discretion, by means of a civil action rather than by means of the remedies provided by the Act. This Court had occasion to deal with that issue in *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. There the Canadian Wheat Board sought to recover damages against the Pool for having delivered infested grain out of its terminal elevators contrary to a statutory provision; no negligence was pleaded. The action failed. The Court flatly rejected the notion of a nominate tort of statutory breach; if the legislature wished to provide for a civil action, it held, it could do so. Any other course would simply allow the courts to choose, in no predictable fashion, to grant a civil remedy for a statutory breach whenever they thought fit. The tenor of the Court's approach may be gleaned from the following passage of the judgment of the present Chief Justice, then Dickson J., at pp. 215-16:

The pretence of seeking what has been called a "will o' the wisp", a non-existent intention of Parliament to create a civil cause of action, has been harshly criticized. It is capricious and arbitrary, "judicial legislation" at its very worst.

It is a "bare faced fiction" at odds with accepted canons of statutory interpretation: "the legislature's silence on the question of civil liability rather points to the conclusion that it either did not have it in mind or deliberately omitted to provide for it" (Fleming, *The Law of Torts*, 5th éd., 1977, at p. 123). Glanville Williams is now of the opinion that the "irresolute course" of the judicial decisions "reflect no credit on our jurisprudence" and, with respect, I agree. He writes:

The failure of the judges to develop a governing attitude means that it is almost impossible to predict, outside the decided authorities, when the courts will regard a civil duty as impliedly created. In effect the judge can do what he likes, and then select one of the conflicting principles stated by his predecessors in order to justify his decision.

De façon plus générale, la présente action paraît envisager la mise à exécution d'une obligation légale, ou ce qui équivaut à la même chose, d'une ordonnance rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la loi, au moyen d'une action civile plutôt qu'au moyen des redressements prévus par la Loi. Cette Cour a eu l'occasion d'examiner cette question dans l'arrêt *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. Dans cette affaire, la Commission canadienne du blé réclamait au Pool des dommages-intérêts par suite de la livraison de grain infesté provenant de ses éleveurs terminus contrairement à une disposition de la loi; aucune négligence n'était invoquée. L'action a échoué. La Cour a carrément rejeté la notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale; si le législateur voulait prévoir une action civile, a-t-elle conclu, il pouvait le faire. Autrement, on permettrait simplement aux tribunaux de choisir, d'une façon tout à fait imprévisible, d'accorder un recours civil pour une violation de la loi chaque fois qu'ils l'estimeraient convenable. On peut dégager l'essence du point de vue de la Cour de l'extrait suivant des motifs du juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 215 et 216:

On a sévèrement critiqué l'illusion qui consiste à chercher ce qu'on a qualifié de [TRADUCTION] «volonté chimérique», savoir l'intention inexistante du Parlement de créer une cause d'action civile. Pratique empreinte de caprice et d'arbitraire, il s'agit là de [TRADUCTION] «droit prétorien» de la pire espèce.

Il s'agit d'une «fiction flagrante» qui va à l'encontre des règles reçues en matière d'interprétation de lois: [TRADUCTION] «le silence du législateur sur la question de la responsabilité civile porte à conclure soit qu'il ne l'a pas envisagée soit qu'il l'a omise délibérément» (Fleming, *The Law of Torts*, 5^e éd., 1977, à la p. 123). Glanville Williams est maintenant d'avis que [TRADUCTION] «(l')indécision» des cours «ne fait que discréditer notre jurisprudence» et, avec égards, je suis d'accord. Il écrit à ce sujet:

[TRADUCTION] L'omission des juges d'élaborer un principe directeur entraîne la quasi-impossibilité de prévoir, en dehors des précédents, dans quels cas les cours estimeront qu'il y a eu création implicite d'une obligation civile. En effet, le juge peut agir à sa guise et puis choisir, pour motiver sa décision, un des principes contradictoires énoncés par ses prédécesseurs.

There is no need today to supplement legislative action in this way. Indeed, to do so may well do violence to the comprehensive statutory scheme provided by the Legislature; see *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, per Estey J., especially at p. 721. I shall have more to say about this later. As well, when it is subsequently desired to make changes to a legislative scheme, common law accretions are difficult to deal with adequately.

In my view, therefore, the appellant husband has not established a proper basis for an action in tort.

Possible Fiduciary Obligation

Much of what I have already stated seems to me, with respect, to apply with equal force to the possibility, about which this Court invited counsel to make additional submissions, that the appellant may have an action for a breach of a fiduciary obligation arising out of the court order granting him access to the child. All the reasons for not permitting a tort action apply equally to an action for the breach of such an obligation. The Legislature created the rights of custody and access and, as we saw, provided a whole array of remedies for enforcing them, from directions for supervising access, to restraining orders against interference, to apprehending the child, if necessary by permitting entries into premises and searches by the police or the sheriff, to fines and imprisonment. Why the legislature should be thought to have intended enforcement by an action for breach of a fiduciary obligation when there is a failure to comply with an access order, when an intention to permit a tortious action will not be implied, I fail to understand. All the more so when the Legislature has taken pains to abolish all non-statutory actions that had any obvious relevance to the matter. Indeed there are in my view stronger reasons to doubt that the Legislature would have contemplated recourse to this action. It is extreme-

Point n'est besoin aujourd'hui de compléter les mesures législatives de cette façon. En fait, cela pourrait bien porter atteinte au régime complet prévu par le législateur; voir l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, Section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, le juge Estey, particulièrement à la p. 721. J'y reviendrai plus loin. Aussi, quand on veut par la suite apporter des modifications à un régime législatif, il est difficile de traiter adéquatement des nouveautés apportées par la *common law*.

À mon avis, donc, le mari appelant n'a pas établi un fondement acceptable pour une action délictuelle.

De l'obligation fiduciaire

Une bonne partie de ce que j'ai déjà dit me semble s'appliquer avec une force égale à la possibilité, au sujet de laquelle la Cour a demandé aux avocats de présenter des arguments supplémentaires, que l'appelant ait un droit d'action pour violation d'une obligation fiduciaire découlant de l'ordonnance judiciaire lui accordant le droit de visite à l'égard des enfants. Tous les motifs pour écarter une action délictuelle s'appliquent également à une action pour la violation d'une telle obligation. Le législateur a créé les droits de garde et de visite et, nous l'avons vu, a fourni un nombre imposant de recours pour les mettre à exécution, des directives relatives au contrôle du droit de visite, en passant par les ordonnances interdisant toute entrave et la possibilité d'appréhender l'enfant en permettant, si nécessaire, à la police ou au shérif de pénétrer dans des lieux et d'y faire des perquisitions, jusqu'à l'autorisation d'imposer amende et emprisonnement. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi on devrait penser que le législateur a voulu permettre l'exécution au moyen d'une action pour violation d'une obligation fiduciaire lorsqu'il y a violation d'une ordonnance portant droit de visite, alors qu'on ne voit pas d'intention implicite d'autoriser une action en responsabilité délictuelle. C'est d'autant plus vrai lorsque le législateur a pris la peine d'abolir toutes les actions non prévues par la loi qui avaient quelque pertinence évidente en la matière. En fait il y a à mon avis des raisons plus fortes de douter que le législateur ait envisagé le

ly ill-defined and it would scarcely be one that would immediately leap to mind.

There is no greater clarity as to when an action for a breach of fiduciary obligation would arise than is the case respecting possible tortious action for interference with access. Even if one assumes that not every breach of the right of access can give rise to an action, at what point precisely does an action arise? As I noted in discussing a possible tort action, precision is virtually impossible in this area. The fact that the court may have some discretion in awarding damages does not alter the fact that there may be a wide area of conduct that might be thought by litigants to warrant suit. These are but a few of the uncertainties that surround this amorphous remedy. These uncertainties have the potential to generate pyrrhic, excessive and often needless litigation.

Permitting such an action may well be violative of the express direction of the Act that custody of, and access to children should, in situations like these, be accorded solely on the basis of the children's best interests. The Legislature may well have thought that allowing a civil action would have this effect. I might mention here that the courts will not permit violence to be done indirectly to a legislative scheme. In other contexts, not only have they refused to allow a tort action, but they have gone further and not permitted what had traditionally been permissible contractual actions; see, for example, *St. Anne Nackawic, supra*.

In sum, it is by no means certain that permitting civil actions against the custodial parents can be said to be in the best interests of the child, whether this be by creating a tort or recognizing a fiduciary relationship arising out of a court order. Resort even to fines and imprisonment, which is permitted by the Act, has been described as not "entirely appropriate"; see James G. McLeod, "Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d)

recours à cette action. Elle est extrêmement mal définie et elle ne vient pas immédiatement à l'esprit.

^a On ne voit pas davantage quand une action pour violation d'obligation fiduciaire prendrait naissance qu'on ne le voit relativement à la possibilité d'action délictuelle pour violation du droit de visite. Même si on présume que ce ne sont pas ^b toutes les violations du droit de visite qui peuvent donner naissance à une action, à quel point précisément une action prend-elle naissance? Comme je l'ai noté dans l'analyse de la possibilité d'une action en responsabilité délictuelle, la précision est ^c virtuellement impossible dans ce domaine. Le pouvoir discrétionnaire que peut avoir le tribunal dans l'adjudication des dommages-intérêts ne change rien au fait que les parties au litige peuvent penser qu'il y a une grande variété d'actes pouvant justifier une poursuite. Ce ne sont là que quelques-unes ^d des incertitudes qui entourent ce recours informel. Ces incertitudes présentent le danger d'engendrer éventuellement des litiges désastreux, démesurés et ^e souvent inutiles.

Permettre une telle action pourrait bien contrevenir à la directive exprimée dans la Loi que la garde et le droit de visite des enfants soient, dans des situations comme celles-ci, accordés seulement ^f sur le fondement du meilleur intérêt des enfants. Le législateur a bien pu penser qu'autoriser une action civile aurait cet effet. Je pourrais mentionner à ce stade que les tribunaux ne permettront ^g pas qu'on porte atteinte indirectement à un régime législatif. Dans d'autres contextes, ils ont non seulement refusé d'autoriser une action délictuelle, mais ils sont allés plus loin et n'ont pas permis ce qui avait traditionnellement été des actions autorisées en matière contractuelle; voir par exemple ^h l'arrêt *St. Anne Nackawic*, précité.

En résumé, il n'est pas du tout certain que permettre des actions civiles contre les parents qui ont la garde puisse être dans l'intérêt véritable de l'enfant, que ce soit par la création d'un délit civil ou par la reconnaissance de rapports fiduciaires découlant d'une ordonnance judiciaire. Même le recours aux amendes et à l'emprisonnement, autorisé par la Loi, a été décrit comme n'étant pas ⁱ [TRADUCTION] «tout à fait approprié»; voir James ^j

104, at p. 105. That is because these may encroach on the resources of the custodial parent and because the child may suffer from the knowledge that one parent has taken such drastic action against the other. This applies, and in some respects with greater force to a legal action. Damages can impose a far greater financial burden than the fine of up to \$1,000 which may be imposed under the Act (s. 39(1)). Furthermore, though the imprisonment of one parent at the behest of the other may be damaging to the child, litigation by one against the other over a protracted period may well be even more damaging.

For these reasons, I cannot accept that a breach of the statutorily authorized order in the present case gives rise to a fiduciary relationship on which a cause of action can be grounded.

Conclusion

No possible basis for a cause of action having been presented, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The central issue in this case is whether the courts should recognize a common law parental right of access to children or, alternatively, a right to recover damages for interference with an order for access made by a court pursuant to statutory authority. The issue arises in the context of an application to strike out the plaintiffs statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. Because this is the context there is no evidence in the record to support the allegations made in the statement of claim but, in accordance with well-established principles, the facts as pleaded must for this limited purpose be taken as proved.

1. The Facts

In September 1962, the appellant (plaintiff) and the respondent Eleanor Smith were married in

G. McLeod, «Annotation» to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, à la p. 105. C'est parce qu'ils peuvent réduire les ressources du parent qui a la garde et parce que l'enfant peut souffrir de savoir qu'un de ses parents a pris une mesure aussi draconienne contre l'autre. Cela est applicable, et à certains égards avec encore plus de force, à une action en justice. Des dommages-intérêts peuvent imposer un fardeau financier beaucoup plus grand que l'amende maximale de 1 000 \$ qui peut être imposée en vertu de la Loi (par. 39(1)). En outre, bien que l'incarcération d'un parent sur l'instigation de l'autre puisse être dommageable pour l'enfant, un procès mené par l'un des parents contre l'autre sur une période prolongée peut être encore bien plus dommageable.

Pour ces motifs, je ne peux accepter qu'une violation de l'ordonnance autorisée par la loi en l'espèce donne naissance à des rapports fiduciaires qui puissent fonder une cause d'action.

Conclusion

Comme on n'a montré aucun fondement possible d'une cause d'action, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question principale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les tribunaux devraient reconnaître en *common law* aux parents un droit de visite à l'égard des enfants ou, subsidiairement, un droit de recouvrer des dommages-intérêts pour la violation d'une ordonnance accordant un droit de visite rendue par un tribunal en application d'une disposition législative. La question est soulevée dans le contexte d'une demande de radiation de la déclaration du demandeur parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Dans ce contexte, il n'y a aucun élément de preuve dans le dossier à l'appui des allégations contenues dans la déclaration mais, conformément à des principes bien établis, les faits rapportés dans les plaidoiries doivent à cette fin précise être considérés comme prouvés.

1. Les faits

En septembre 1962, l'appelant (demandeur) et l'intimée Eleanor Smith se sont mariés à Winni-

Winnipeg. In the ensuing years they had three children. The eldest, Richard, was born in 1963; Kathleen was born in 1967 and the youngest, Diane, was born in 1969. In November 1970 Eleanor Smith left the appellant to live with another man. She subsequently returned to the matrimonial home in Montréal for a brief period of time. However, she left again, ostensibly to stay with her parents in Winnipeg and to seek counselling. She took the children with her. Once in Winnipeg she instituted proceedings for their custody. At some stage—it is not clear from the pleadings precisely when—the appellant took similar steps in Manitoba. On August 12, 1971 a judge of the Family Court in Winnipeg awarded Eleanor Smith custody of the three children. The appellant was awarded "generous visiting privileges".

Some time around February 1972, Eleanor Smith and the co-defendant Johnston Smith began living together. During 1973 they left Winnipeg and took the children with them. They did not tell the appellant that they were leaving the city. After several months of searching the appellant managed to locate his children who were with the respondents in Toronto. He was prevented from seeing his children. The respondents told him "You are not their father. Stay away from them". So the appellant applied to the Ontario courts to spell out his access rights more specifically. On November 22, 1974, Master Davidson of the Supreme Court of Ontario ordered Eleanor Smith to provide specified access to the appellant so that he could see and spend time with his children. A further order for access was made by Master Davidson in January 1975. In October 1976 the appellant went to Toronto to see his children but found the house deserted and no indication where the children or the respondents had gone. The respondents knew the appellant was coming to Toronto to see his children on that occasion. It took the appellant six months of searching to find them. They were living with the respondents in Denver, Colorado. On being discovered there, they all moved back to Toronto.

peg. Dans les années qui ont suivi, ils ont eu trois enfants. L'aîné, Richard, est né en 1963; Kathleen est née en 1967 et la cadette, Diane est née en 1969. En novembre 1970, Eleanor Smith a quitté l'appellant pour vivre avec un autre homme. Elle est par la suite revenue au domicile conjugal à Montréal pendant une brève période de temps. Toutefois, elle l'a quitté à nouveau, apparemment pour aller demeurer chez ses parents à Winnipeg et se faire conseiller. Elle a emmené les enfants avec elle. Une fois rendue à Winnipeg, elle a engagé des procédures en vue d'en obtenir la garde. À un certain moment, il ne ressort pas clairement des plaidoiries à quel moment précis, l'appellant a pris des mesures semblables au Manitoba. Le 12 août 1971, un juge du tribunal de la famille à Winnipeg a accordé à Eleanor Smith la garde des trois enfants. L'appellant a obtenu de [TRADUCTION] «généreux privilèges de visite».

Vers février 1972, Eleanor Smith et le codéfendeur Johnston Smith ont commencé à vivre ensemble. Au cours de 1973, ils ont quitté Winnipeg et ont emmené les enfants avec eux. Ils n'ont pas dit à l'appellant qu'ils quittaient la ville. Après plusieurs mois de recherches, l'appellant a réussi à retrouver ses enfants qui étaient à Toronto avec les intimés. On l'a empêché de voir ses enfants. Les intimés lui ont dit [TRADUCTION] «TU n'es pas leur père. Ne t'approche pas d'eux». Alors l'appellant a demandé aux tribunaux de l'Ontario de préciser ses droits de visite. Le 22 novembre 1974, le protonotaire Davidson de la Cour suprême de l'Ontario a ordonné à Eleanor Smith d'accorder un droit de visite déterminé à l'appellant pour qu'il puisse voir ses enfants et passer du temps avec eux. Le protonotaire Davidson a rendu une autre ordonnance relative au droit de visite en janvier 1975. En octobre 1976, l'appellant est allé à Toronto pour voir ses enfants, mais il a trouvé la maison vide sans aucune indication de l'endroit où les enfants ou les intimés étaient allés. Les intimés savaient que l'appellant venait à Toronto pour voir ses enfants à cette occasion. Il a fallu six mois de recherches à l'appellant pour les retrouver. Ils vivaient avec les intimés à Denver, au Colorado. Lorsqu'ils ont été découverts, ils sont tous revenus à Toronto.

The appellant pleads that from 1972 on, the respondents made it extremely difficult, if not impossible, for him to have any contact with his children. They deliberately limited or prevented telephone contact. They diverted the letters and gifts he sent them. They also instructed the children not to attempt to contact the appellant. The children were told not to use their real surname, Frame; they were to use the surname, Smith. Against the express wishes of the appellant the children's religion was changed by the respondents. Throughout the years the respondents told the children that the appellant was not their father, that they were to regard Johnston Smith as their father.

The appellant has since 1972 expended considerable amounts of money trying to maintain his relationship with his children. He has sought the assistance of the courts to no avail. The respondents' behaviour has frustrated him at every turn. Moreover, since 1977 the appellant has had to seek medical treatment for severe depression resulting from the respondents' conduct. They have effectively deprived him of a normal, meaningful parent-child relationship or, indeed, of any relationship at all with his children.

In April 1982 the appellant issued a writ against the respondents in the Supreme Court of Ontario. A statement of claim was filed some months later. It contained several allegations concerning the respondents' interference with the appellant's access to his children and identified a number of heads under which the cause of action might be subsumed including wilful infliction of harm on the appellant, intentional interference with a legal right of the appellant and conspiracy to do either or both. The appellant sought general damages of \$1,000,000, punitive damages of \$500,000 and special damages estimated at \$25,000. He did not seek access to his children as they were by that time all over fifteen years of age and his relationship with them had been completely destroyed.

L'appelant soutient que, depuis 1972, les intimés ont fait en sorte qu'il lui soit extrêmement difficile, voire impossible, d'avoir des contacts avec ses enfants. Ils ont délibérément limité ou interdit les communications téléphoniques. Ils ont intercepté les lettres et les cadeaux qu'il leur avait envoyés. Ils ont également dit aux enfants de ne pas tenter de communiquer avec l'appelant. Ils ont dit aux enfants de ne pas utiliser leur véritable nom de famille, Frame; ils devaient utiliser le nom de famille Smith. Les intimés ont changé la religion des enfants contre la volonté expresse de l'appelant. Au cours des années, les intimés ont dit aux enfants que l'appelant n'était pas leur père, qu'ils devaient considérer Johnston Smith comme leur père.

Depuis 1972, l'appelant a dépensé des sommes d'argent importantes pour tenter de maintenir ses rapports avec ses enfants. Il a cherché en vain à obtenir l'aide des tribunaux. Le comportement des intimés l'a constamment frustré. En outre, depuis 1977, l'appelant a dû suivre des traitements médicaux en raison d'une grave dépression imputable à la conduite des intimés. Ils l'ont en fait privé des rapports normaux et significatifs parent-enfant ou, d'ailleurs, de tous rapports avec ses enfants.

En avril 1982, l'appelant a intenté une action contre les intimés en Cour suprême de l'Ontario. Une déclaration a été déposée quelques mois plus tard. Elle contenait plusieurs allégations concernant la violation par les intimés du droit de visite de l'appelant et identifiait plusieurs points parmi lesquels pourrait se trouver la cause d'action, notamment causer volontairement un préjudice à l'appelant, l'atteinte intentionnelle au droit légal de l'appelant et le complot à cet effet. L'appelant a demandé des dommages-intérêts généraux de 1 000 000 \$, des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$ et des dommages-intérêts spéciaux évalués à 25 000 \$. Il n'a pas cherché à obtenir de droit de visite car ses enfants étaient tous à ce moment-là âgés de plus de quinze ans et ses rapports avec eux avaient été complètement détruits.

2. The Courts Below

In response to the statement of claim counsel for the respondents moved under Rule 126 of the *Ontario Rules of Practice* for an order striking it out as disclosing no reasonable cause of action. Boland J., considering herself bound by the earlier decision of Gray J. in *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122, aff'd (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), made the order.

The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal. His appeal failed. In an endorsement on the record Blair J.A. indicated that the court was unable to distinguish this claim from the claim in *Schrenk, supra*, and he saw no reason to depart from the position taken in that case.

3. The Issue

(i) *General Considerations*

The appellant argues that all the elements of a cause of action have been pleaded, namely wilful infliction of harm or intentional interference with a legal right. He adds that these causes of action are not prohibited by s. 69(4) of the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, which provides as follows:

69. ...

(4) No action shall be brought by a parent for the enticement, harbouring, seduction or loss of services of his or her child or for any damages resulting therefrom.

In substance, the appellant's case rests on the premise that tort liability is founded on a general principle of liability for wilful damage subject to certain exceptions. Accordingly, he argues, the abrogation of certain heads of liability by s. 69(4) of the *Family Law Reform Act* only negates a claimant's ability to recover for the infliction of harm in those specific situations. The appellant argues that the harm he has experienced falls outside these discrete categories and is therefore actionable.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

En réponse à la déclaration, l'avocat des intimés s'est fondé sur la règle 126 des *Règles de pratique de l'Ontario* pour en demander la radiation pour le motif qu'elle ne comportait aucune cause d'action raisonnable. Le juge Boland, se considérant liée par la décision précédente du juge Gray dans l'arrêt *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122, conf. (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), a rendu l'ordonnance de radiation.

L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Il a été débouté. Dans une note écrite sur le dossier, le juge Blair a indiqué que la cour n'était pas en mesure d'établir une distinction entre cette demande et celle de l'affaire *Schrenk*, précitée, et il ne voyait aucun motif pour s'écarter de la position adoptée dans cette affaire.

3. La question en litige

(i) *Considérations d'ordre général*

L'appelant soutient que tous les éléments d'une cause d'action ont été plaides, savoir l'infliction intentionnelle d'un préjudice ou l'atteinte intentionnelle à un droit légal. Il ajoute que le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, n'interdit pas ces causes d'action:

69. ...

(4) La demande fondée sur l'enlèvement, le recel, la séduction ou la perte des services de l'enfant du demandeur n'est plus recevable. Il en est de même de la demande de dommages-intérêts pour cette cause.

En substance, les arguments de l'appelant se fondent sur la prémisse que la responsabilité délictuelle est fondée sur un principe général de responsabilité pour les dommages causés intentionnellement, sous réserve de certaines exceptions. Par conséquent, soutient-il, l'abrogation de certains chefs de responsabilité par le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille* enlève à un requérant la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts pour un préjudice causé dans ces seules situations précises. L'appelant soutient que le préjudice qu'il a subi ne s'inscrit pas dans ces catégories précises et ouvre donc droit à une action.

The appellant's argument is reminiscent of one side of a debate begun in the last century which is yet to be resolved. It has been described in Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986), as follows (at p. 6):

Initially, the search for a theoretical basis for tort law centred on the issue of whether there was a general principle of tortious liability. Sir John Salmond argued that tort law was merely a patchwork of distinct causes of action, each protecting different interests and each based on separate principles of liability [see Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) at pp. 9-10]. Essentially the law of torts was a finite set of independent rules, and the courts were not free to recognize new heads of liability. In contrast, writers such as Pollock contended that the law of torts was based upon the single unifying principle that all harms were tortious unless they could be justified [see Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) at p. 21]. The courts were thus free to recognize new torts, Glanville Williams suggested a compromise between the two viewpoints. He argued that tort law historically exhibited no comprehensive theory, but that the existing categories of liability were sufficiently flexible to enable tort law to grow and adapt.

While it would perhaps be interesting for the Court to join in this debate, I think that Glanville Williams' pragmatic resolution of the question correctly characterizes the task before the Court when confronted with a heretofore unprecedented basis for liability: see Williams, "The Foundations of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111. He wrote (at p. 131):

Why should we not settle the argument by saying simply that there are some general rules creating liability (recognizing the plaintiffs interest, conferring upon him a right not to be damaged), and some equally general rules exempting from liability (refusing to recognize the plaintiffs interest, or recognizing a conflicting interest in the defendant, and thus conferring a privilege upon the defendant to cause damage)? Between the two is a stretch of disputed territory, with the Courts as an unbiased boundary commission. If, in an unprovided case, the decision passes for the plaintiff, it will be not because of a general theory of liability but because the

L'argument de l'appelant rappelle une position adoptée dans un débat commencé au siècle dernier et qui n'est pas encore terminé. Il a été décrit dans Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd éd. 1986) de la manière suivante (à la p. 6):

[TRADUCTION] AU départ, la recherche d'un fondement théorique pour le droit des délits se concentrait sur la question de savoir s'il y avait un principe général en matière de responsabilité délictuelle. Sir John Solomon a soutenu que le droit des délits était simplement un ensemble disparate de cause d'actions distinctes, chacune protégeant différents intérêts et chacune étant fondée sur des principes distincts de responsabilité [voir Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) aux pp. 9 et 10]. Essentiellement, le droit des délits était un ensemble limité de règles indépendantes et les tribunaux n'étaient pas libres de reconnaître de nouveaux chefs de responsabilité. Par ailleurs, des auteurs tel Pollock ont soutenu que le droit des délits était fondé sur le seul principe unificateur selon lequel tous les préjudices étaient délictuels à moins qu'ils ne puissent être justifiés [voir Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) à la p. 21]. Les tribunaux étaient ainsi libres de reconnaître de nouveaux délits. Glanville Williams a proposé un compromis entre ces deux opinions. Il a soutenu que le droit des délits n'est historiquement pas fondé sur une théorie générale, mais que les catégories existantes de responsabilité sont néanmoins suffisamment souples pour permettre au droit des délits de croître et de s'adapter.

Bien qu'il soit sans doute intéressant que la Cour participe à ce débat, je crois que la solution pragmatique de la question que propose Glanville Williams caractérise de manière appropriée la tâche qui incombe au tribunal lorsqu'il est aux prises avec un fondement de responsabilité jusque-là sans précédent: voir Williams, «The Foundations of Tortious Liability» (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111. Il a écrit (à la p. 131):

[TRADUCTION] Pourquoi ne réglerions-nous pas la querelle en disant simplement qu'il existe certaines règles générales créant la responsabilité (reconnaissant l'intérêt du demandeur, lui conférant un droit de ne pas subir de préjudice), et certaines règles également générales l'exemptant de la responsabilité (refusant de reconnaître l'intérêt du demandeur ou reconnaissant un intérêt contradictoire au défendeur et conférant donc un privilège au défendeur de causer des dommages)? Il y a entre les deux une zone contestée et les tribunaux constituent une commission impartiale chargée de contrôler les frontières. Si, dans un cas non prévu, la décision favorise le

Court feels that here is a case in which existing principles of liability may properly be extended.

Thus, whatever one considers the theoretical foundation of liability to be, it is not enough for the appellant simply to invoke a general principle of freedom from harm. Rather, he must show why "existing principles of liability may properly be extended", that is, he must identify the nature of the right he invokes and justify its protection. But the appellant in the circumstances of this case must do more. Because he is claiming protection for a right involving the well-being of children, in addition to justifying its protection by an existing principle of liability, the appellant must also satisfy the Court that to afford legal protection for such a right would be in the best interests of children.

The award of a court order of custody to one parent and access to the other is premised on the existence of a relationship between the custodial parent and the child and another relationship between the non-custodial parent and the child, the maintenance and development of both relationships being considered by the court making the order to be in the best interests of the child. But the bitterness arising from litigation brought by one parent against the other may result in the destruction of one or both of the child's relationships. At the very least it may cause conflict in the child's loyalties. This cannot be in the child's best interests and the traumatization and upset caused by it can clearly be detrimental.

By the same token, however, it clearly cannot be in the best interests of children to have custodial parents defy with impunity court orders designed to preserve their relationship with their non-custodial parents. The order for access to the non-custodial parent would not have been made had it not been found by the trial judge to be in the child's best interests. Accordingly, the custodial parent who denies access to the other parent is sacrificing the child's best interests as so found to his or her own selfish interests and this would appear, as a

demandeur, ce ne sera pas en raison d'une théorie générale de la responsabilité, mais parce que le tribunal sera d'avis qu'il s'agit d'un cas où les principes existants de responsabilité peuvent à bon droit être élargis.

^a Par conséquent, peu importe ce qu'on considère être le fondement théorique de la responsabilité, il n'est pas suffisant que l'appellant invoque simplement un principe général de droit de ne pas subir de préjudice. Il doit plutôt démontrer pour quelle raison «les principes existants de responsabilité peuvent à bon droit être élargis», c'est-à-dire qu'il doit identifier la nature du droit qu'il invoque et justifier sa protection. Toutefois, l'appellant dans les circonstances de l'espèce doit aller plus loin. Étant donné qu'il réclame la protection d'un droit visant le bien-être des enfants, en plus de justifier sa protection par un principe existant de responsabilité, l'appellant doit également convaincre le tribunal qu'accorder une protection juridique à un tel droit serait dans l'intérêt véritable des enfants.

L'ordonnance judiciaire qui attribue la garde à un parent et le droit de visite à l'autre est fondée sur l'existence d'un rapport entre le parent gardien et l'enfant et d'un autre rapport entre le parent non gardien et l'enfant, le maintien et l'élaboration de ces deux rapports étant considérés par le tribunal qui rend l'ordonnance dans l'intérêt véritable de l'enfant. Toutefois, l'amertume qui découle du litige engagé par un parent contre l'autre peut entraîner la destruction de l'un des rapports de l'enfant ou des deux. À tout le moins, elle peut causer un conflit dans les loyautés de l'enfant. Cela ne peut être dans l'intérêt véritable de l'enfant, et le traumatisme et le bouleversement qui sont causés peuvent de toute évidence être préjudiciables.

D'ailleurs, il ne peut évidemment pas être dans l'intérêt véritable de l'enfant que les parents qui en ont la garde défient impunément les ordonnances du tribunal destinées à conserver ses rapports avec les parents qui n'ont pas la garde. L'ordonnance attributive du droit de visite au parent non gardien n'aurait pas été rendue si le juge de première instance n'avait pas conclu qu'elle était dans l'intérêt véritable de l'enfant. Par conséquent, le parent gardien qui refuse le droit de visite à l'autre parent sacrifie l'intérêt véritable de l'enfant ainsi établi à

general principle at least, to favour a policy of intervention by the law to protect the child's best interests in such circumstances. This is not to deny that in specific cases that general policy of intervention in order to uphold what has been found to be in the child's best interests may have to yield to a greater threat to the child's interests arising from the fact of litigation by one parent against the other. It is simply to say that the limits on any cause of action which the law might recognize would have to be the result of a weighing of the positive against the negative factors impacting on the children.

The proper test for the disposition of a motion under Rule 126 (now Rule 21.01(1)(b)) to strike out a statement of claim as disclosing no cause of action must also be borne in mind. It is well established that the power to strike is to be exercised sparingly and only when there is no doubt that no cause of action exists: see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300 (H.C.) It is also well established that "a pleading should not be struck out unless it is incurable by a proposed amendment": *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421, at p. 423. While the normal rule in such motions is that any doubt is to be resolved in favour of finding the existence of the cause of action and permitting the action to proceed, given the overriding importance of ensuring that such litigation is in the best interests of the children in a particular case, the court may impose a more stringent standard before it allows the action to be brought.

With these considerations in mind, I turn to an examination of the various causes of action advanced by the appellant.

ses propres intérêts égoïstes et cela paraîtrait, du moins à titre de principe général, favoriser une politique législative d'intervention en vue de protéger l'intérêt véritable de l'enfant dans ces circonstances. Cela n'a pas pour effet de nier que, dans des cas précis, cette politique générale d'intervention pour le maintien de ce qu'on a estimé être dans l'intérêt véritable de l'enfant puisse devoir céder devant une plus grande menace à l'égard des intérêts de l'enfant qui découle de procédures judiciaires d'un parent contre l'autre. Cela signifie simplement que les limites imposées à toute cause d'action qui pourrait être reconnue par la loi devraient découler d'une évaluation des effets qu'ont des facteurs positifs par rapport aux facteurs négatifs sur les enfants.

Il faut également garder à l'esprit le critère approprié pour trancher une requête aux termes de la règle 126 (maintenant la règle 21.01(1)(b)) en radiation d'une déclaration parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action. Il est bien établi que le pouvoir de radiation doit être exercé avec modération et seulement lorsqu'il est certain qu'il n'y a aucune cause d'action. Voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300 (H.C.) De plus, il est bien établi qu' [TRADUCTION] «un acte de procédures ne devrait pas être radié à moins qu'il ne puisse pas être corrigé par une modification proposée»: *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421, à la p. 423. Bien que, selon la règle normale vis-à-vis de ces requêtes, tout doute doive être interprété de manière à reconnaître l'existence de la cause d'action et à permettre que l'action puisse suivre son cours, compte tenu de l'importance primordiale d'assurer qu'un procès particulier est dans l'intérêt véritable de l'enfant, le tribunal peut imposer une norme plus stricte avant de permettre que l'action puisse être intentée.

Tenant compte de ces considérations, j'examine maintenant les diverses causes d'actions présentées par l'appellant.

(ii) *Possible Causes of Action*

The appellant correctly notes that s. 69(4) of the *Family Law Reform Act*, *supra*, abolishes the old actions of enticement, harbouring or seduction and loss of services. As well, it should be added that this Court has already unanimously rejected "alienation of affections" as a separate head of liability: see *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443. In that case Cartwright J. held that there was no separate action for 'alienation apart from an action for criminal conversation or enticement. Now that these causes of action have been abolished by the *Family Law Reform Act*, clearly no recovery can be permitted for "alienation of affections" in respect of these causes of action. The appellant advances a number of other causes of action.

(a) *Conspiracy*

Counsel for the appellant submitted that the tort of conspiracy was available to the appellant. This Court in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at pp. 471-72, while conceding that "the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear", held that the law of torts recognizes a conspiracy claim against two or more defendants if:

- (1) whether the means used by the defendants are lawful or unlawful, the predominant purpose of the defendant's conduct is to cause injury to the plaintiff; or,
- (2) where the conduct of the defendants is unlawful, the conduct is directed towards the plaintiff (alone or together with others), and the defendants should know in the circumstances that injury to the plaintiff is likely to and does result.

This case would seem to fit within either of these two branches. The plaintiff may well be able to establish at trial that the predominant purpose of the defendants' conduct was to cause injury to the plaintiff. In addition, since the defendants' conduct in violating the court order was unlawful, if it is proved at trial that the conduct was directed at the plaintiff and that the defendants should have

(ii) *Des causes d'action*

L'appellant souligne à juste titre que le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, abolit les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services. De même, il convient d'ajouter que cette Cour a déjà rejeté à l'unanimité le «détournement d'affection» à titre de chef distinct de responsabilité: voir *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443. Dans cet arrêt, le juge Cartwright a conclu qu'il n'y avait pas d'action distincte fondée sur le détournement, si ce n'est une action pour adultère ou séduction. Maintenant que ces causes d'action ont été abolies par la *Loi portant réforme du droit de la famille*, de toute évidence aucun recouvrement ne peut être permis pour le «détournement d'affection» à l'égard de ces causes d'action. L'appellant plaide un certain nombre d'autres causes d'action.

a) *Le complot*

L'avocat de l'appellant a soutenu que celui-ci pouvait faire valoir le délit civil de complot. Cette Cour, dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, aux pp. 471 et 472, tout en admettant que «le droit soit loin d'être clair sur l'étendue du délit civil de complot», a conclu qu'en droit des délits il est possible d'exercer contre deux défendeurs ou plus un recours délictuel pour complot si:

- (1) indépendamment du caractère légal ou illégal des moyens employés, la conduite des défendeurs vise principalement à causer un préjudice au demandeur; ou
- (2) lorsqu'il s'agit d'une conduite illégale, elle est dirigée contre le demandeur seul ou contre lui et d'autres personnes en même temps et que les défendeurs eussent dû savoir dans les circonstances que le préjudice subi par le demandeur était une conséquence probable.

Il semblerait que l'espèce s'inscrive dans l'une ou l'autre de ces deux situations. Le demandeur peut très bien être en mesure d'établir au procès que la conduite des défendeurs avait principalement pour but de lui causer un préjudice. De plus, étant donné que la conduite des défendeurs était illégale parce qu'elle violait l'ordonnance du tribunal, si on démontre au procès que la conduite visait le

known that injury to the plaintiff was likely to and did result, this case would fall squarely within the second branch. In my view, therefore, given this **Court's holding in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, supra**, this tort is capable of extension to the family law context. The real question is whether such an extension should be permitted.

It would be my view that the tort of conspiracy should not be extended to the family law context. Although "the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear" the criticisms which have been levelled at the tort give good reason to pause before extending it beyond the commercial context. As was said by Estey J. in ***Canada Cement LaFarge Ltd.*, at p. 473:**

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly described by Lord Diplock in *Lonrho*.... In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly.

The criticisms of the tort to which Estey J. refers focus on the rationale for the tort and thus are not confined to the commercial context but extend to other contexts as well. The rationale of the tort was explained by Bowen L.J. in ***Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co. (1889)*, 23 Q.B.D. 598 (C.A.)**, at p. 616:

... a combination may make oppressive or dangerous that which if proceeded only from a single person would be otherwise....

Noting that in many cases this "totem of numbers" is demonstrably false, one commentator asserts that "the question of abolishing ... conspiracy to injure must be seriously considered": Peter Burns, "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16

demandeur et que les défendeurs auraient dû savoir que le demandeur était susceptible de subir un préjudice et qu'il en a en fait subi un, cette affaire correspondrait directement à la seconde situation. Donc, à mon avis, étant donné la décision de cette Cour dans l'affaire *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précitée, ce délit civil peut être étendu au contexte du droit de la famille. La véritable question est de savoir si une telle extension devrait être permise.

Je suis d'avis que le délit civil de complot ne devrait pas être étendu au contexte du droit de la famille. Bien que «le droit soit loin d'être clair sur l'étendue du délit civil de complot», les critiques à l'égard de ce délit constituent un bon motif pour qu'on hésite à l'étendre au-delà du contexte commercial. Comme l'a dit le juge Estey dans ***Ciments Canada LaFarge Ltée*, à la p. 473:**

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s'il n'est pas étendu de manière à comprendre un complot en vue d'accomplir des actes illégaux lorsqu'il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l'indique si bien lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho* [...] il s'agit réellement d'un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu'elle survive comme une anomalie dans notre droit.

Les critiques à l'égard du délit civil auquel le juge Estey fait allusion portent sur la justification rationnelle du délit et ne se limitent donc pas au contexte commercial mais s'étendent à d'autres contextes également. La justification rationnelle du délit a été expliquée par le lord juge Bowen dans l'arrêt ***Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co. (1889)*, 23 Q.B.D. 598 (C.A.)**, à la p. 616:

[TRADUCTION] ... une combinaison qui peut rendre oppressif ou dangereux ce qui ne le serait pas si cela provenait d'une seule personne ...

En soulignant que dans un grand nombre de cas le caractère erroné de cet «anoblissement de la quantité» peut être démontré, un auteur affirme que [TRADUCTION] «la question de l'abolition [...] du complot en vue de nuire doit être sérieusement envisagée»: Peter Burns, «Civil Conspiracy: An

U.B.C. L. Rev. 229, at p. 254. Another commentator notes that the tort "rests rather shakily on a notion of plurality which derives more from magic than reason": Peter G. Heffey, "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136. This Court, however, affirmed the ongoing existence of the tort in *Canada Cement LaFarge Ltd. Estey J.* stated at p. 473:

... it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise.

In light of these comments I would not extend the tort of civil conspiracy to the custody and access context. Such an extension would not be consistent with the rationale expressed in *Mogul* namely that the tort be available where the fact of combination creates an evil which does not exist in the absence of combination. I do not believe that in cases such as the one at bar the combination makes "oppressive or dangerous that which if proceeded only from a single person would be otherwise". The conduct of the custodial parent, if proven, is equally "oppressive or dangerous" whether done singly or in combination. If the tort of conspiracy is applied to the facts of this case, an arbitrary and unjustifiable distinction would emerge. The alleged conspiracy by the defendants would be actionable but the same conduct done by the spouse alone would not be actionable (for reasons to be discussed *infra*). The differing treatment of these two situations for no principled reason and, indeed, the lack of any principle supporting the extension of the tort to the "conspiracy" in this case, lead me to conclude that this tort should not be extended to the family law context.

Another rather arbitrary distinction inherent in the conspiracy concept is the distinction between an actual agreement (actionable) and a likely but unproven agreement (not actionable): *Mulcahy v.*

Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229, à la p. 254. Un autre auteur souligne que ce délit civil [TRADUCTION] «se fonde d'une manière plutôt chancelante sur la notion de pluralité qui découle plus de la magie que la raison»: Peter G. Heffey, «The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic» (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136. Toutefois cette Cour a confirmé l'existence actuelle de ce délit civil dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Liée*. Le juge Estey a dit à la p. 473:

... il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l'avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l'appui de sa suppression, de limiter l'application de ce délit civil.

Compte tenu de ces observations, je suis d'avis de ne pas étendre le délit civil de complot au contexte de la garde des enfants et du droit de visite. Une telle extension ne serait pas compatible avec le raisonnement exprimé dans l'arrêt *Mogul*, savoir que le délit doit exister lorsque la combinaison crée un préjudice qui n'existe pas en l'absence de combinaison. Je ne crois pas que dans des affaires comme l'espèce la combinaison rende «oppressif ou dangereux ce qui ne le serait pas si cela provenait d'une seule personne». La conduite du parent gardien de l'enfant, si elle est démontrée, est également «oppressive ou dangereuse» qu'elle soit isolée ou combinée. Si on appliquait le délit civil de complot aux faits de l'espèce, il en découlerait une distinction arbitraire et injustifiable. Le complot reproché aux défendeurs ouvrirait droit à une action mais pas la même conduite de l'épouse seule (pour des motifs qui seront discutés ci-après). Le traitement différent qui s'applique à ces deux situations pour aucun motif de principe et, en fait, l'absence de tout principe à l'appui de l'extension du délit civil au «complot» dans cette affaire, m'amènent à conclure que ce délit civil ne devrait pas être étendu au contexte du droit de la famille.

La distinction qui existe entre une entente réelle (qui ouvre droit à une action) et une entente vraisemblable mais non démontrée (qui n'ouvre pas droit à une action) constitue une autre distinc-

The Queen (1868), L.R. 3 H.L. 306. Proving such an agreement is a very difficult task. Resolving this difficulty in the family law context by extending the tort to "likely" agreements or "presumed" agreements would, in effect, presume the spouse's "friend" liable merely because of his or her association with the custodial spouse, a rather drastic step.

But the paramount concern in extending the tort of conspiracy into the family law context is, I think, that such an extension would not be in the best interests of children. If the tort only applies to conduct in combination it would do little to encourage the maintenance and development of a relationship between both parents and their children. Yet it would be tailor-made for abuse. It would lend itself so readily to malicious use by one spouse against the other. The fact that the action is against not only the ex-spouse but also his or her "friend" may well provide an incentive to the plaintiff to litigate. Moreover, a single "agreement" to deny the plaintiff one visitation would be actionable and the success of that action would depend largely on uncertain evidence of agreement and intention as to which each party might be expected to take a fundamentally different view. These factors—incentive to litigate, low threshold for actionability, uncertainty of success and issues of credibility with respect to the crucial evidence—suggest frequent resort to this cause of action as a "weapon" with little possibility of amicable settlement. These concerns are aggravated by the fact that, if the tort of conspiracy were introduced into the family law context, it would be difficult to restrict it to the area of custody and access. Acts which contributed to marriage breakdown would also be actionable as conspiracy and the potential for detrimental impact on the children could be substantial. Having regard to the overriding concern for the best interests of the children, I am not

tion plutôt arbitraire propre au concept de complot: *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306. Il est très difficile de démontrer une telle entente. Surmonter cette difficulté dans le contexte du droit de la famille en étendant ce délit civil aux ententes «vraisemblables» ou «présumées» aurait, en fait, pour effet de présumer que l'«ami» du conjoint est responsable simplement en raison de ses relations avec l'époux gardien de l'enfant, ce qui serait une mesure plutôt draconienne.

Toutefois, la préoccupation principale dans l'extension du délit civil de complot au contexte du droit de la famille est, à mon avis, que cette extension ne serait pas dans l'intérêt véritable de l'enfant. Si le délit civil ne s'applique qu'à la conduite combinée de deux personnes, cela n'aura pas pour effet d'encourager le maintien et le développement de rapports entre les parents et leurs enfants. Cela favoriserait même les abus. Un époux pourrait trop facilement l'utiliser de façon malveillante contre l'autre. Le fait que l'action soit dirigée non seulement contre l'ex-conjoint mais également contre son «ami» peut très bien donner une bonne raison au demandeur d'agir. En outre, une simple «entente» pour refuser au demandeur une seule visite pourrait ouvrir droit à une action et le succès de cette action dépendrait en grande partie d'éléments de preuve incertains relativement à l'entente et à l'intention, et on peut s'attendre à ce que chaque partie adopte une position fondamentalement différente. Ces facteurs—l'incitation à poursuivre, la facilité avec laquelle le droit d'intenter une action est reconnu, l'incertitude du succès et les questions de crédibilité en ce qui a trait aux éléments de preuve importants—laissent entrevoir un recours fréquent à cette cause d'action comme «arme» et très peu de possibilités de règlement à l'amiable. Ces préoccupations sont aggravées par le fait que si le délit civil de complot était introduit dans le contexte du droit de la famille, il serait difficile de le restreindre au domaine de la garde et du droit de visite. Les actes qui ont contribué à la dissolution du mariage pourraient également ouvrir droit à une action à titre de complot et la possibilité d'effet préjudiciable à l'égard des enfants serait importante. Compte tenu de la préoccupation primordiale de l'intérêt véritable des enfants, je ne suis pas per-

persuaded that the tort of conspiracy should be extended to encompass the claim of the plaintiff.

(b) *Other Torts*

Counsel for the appellant submitted that the torts of intentional infliction of mental suffering and unlawful interference with another's relationship could cover the facts as pleaded. It may well be that the tort of intentional infliction of mental suffering could be extended to cover the facts alleged by the appellant. The requirements of this cause of action were set out in the case of *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57. In that case the defendant as a "practical joke" told the plaintiff that her husband had been involved in an accident and had broken his legs. The plaintiff believed the defendant and as a result suffered nervous shock and a number of physical consequences. In granting recovery, Wright J. stated (at p. 59):

One question is whether the defendant's act was so plainly calculated to produce some effect of the kind which was produced that an intention to produce it ought to be imputed to the defendant, regard being had to the fact that the effect was produced on a person proved to be in an ordinary state of health and mind. I think that it was. It is difficult to imagine that such a statement, made suddenly and with apparent seriousness, could fail to produce grave effects under the circumstances upon any but an exceptionally indifferent person, and therefore an intention to produce such an effect must be imputed, and it is no answer in law to say that more harm was done than was anticipated, for that is commonly the case with all wrongs. The other question is whether the effect was, to use the ordinary phrase, too remote to be in law regarded as a consequence for which the defendant is answerable.

In this case, the conduct of the respondents may have been "plainly calculated to produce some effect of the kind which was produced". Certainly the conduct appears to be of the extreme and outrageous character which was held in *Wilkinson v. Downton*, *supra* to be required before this cause of action exists. But there are a number of disadvantages associated with this tort which make me reluctant to extend it to the facts of this case. One

suaadée que le délit civil de complot devrait être étendu de manière à comprendre la réclamation du demandeur.

b) *Autres délits civils*

L'avocat de l'appelant a soutenu que les délits civils que sont le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui pouvaient s'appliquer aux faits allégués. Il se peut bien que le délit civil qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales puisse être étendu de manière à s'appliquer aux faits allégués par l'appelant. Les exigences de cette cause d'action ont été énoncées dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57. Dans cette affaire le défendeur en guise de «blague» a dit à la demanderesse que son mari avait eu un accident et s'était fracturé les jambes. La demanderesse a cru le défendeur et a donc subi un choc nerveux, ce qui a eu un certain nombre de conséquences physiques. En accordant des dommages-intérêts, le juge Wright a dit (à la p. 59):

La première question consiste à se demander si le défendeur avait si délibérément projeté de produire un effet semblable à celui qu'il a produit qu'il faut lui imputer l'intention de le produire, compte tenu du fait que Pacte a eu un effet sur une personne qui, d'après la preuve, était en bonne santé physique et mentale. Je crois que c'était le cas. Il est difficile d'imaginer qu'une telle déclaration, faite de manière spontanée avec un caractère sérieux apparent, pourrait ne pas produire de graves effets dans les circonstances sur toute personne qui n'est pas exceptionnellement indifférente et, par conséquent, on doit imputer l'intention de produire un tel effet et dire qu'on a causé plus de tort que prévu ne constitue pas une réponse en droit, car c'est habituellement le cas de tous les préjudices. L'autre question est de savoir si l'effet était, pour utiliser l'expression habituelle, trop éloigné pour être, en droit, considéré comme une conséquence dont doit répondre le défendeur.

En l'espèce, la conduite des intimés peut avoir été délibérément projetée pour produire un effet semblable à celui qui s'est produit. La conduite paraît certainement du même caractère extrême et choquant que celui qui, dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, précité, a été jugé nécessaire avant que cette cause d'action n'existe. Toutefois, il y a un certain nombre de désavantages associés à ce délit civil qui font que j'hésite à l'étendre aux faits de

such disadvantage is that a visible and provable illness caused by the defendant's action must be present for this tort to be actionable: see *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, *per* Estey J. at p. 238; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658 (Man. Q.B.), at p. 664. This requirement is based on the need to discourage spurious claims—an especially pressing need in the family law context where unnecessary and vexatious litigation is to be discouraged. Another disadvantage associated with this tort is that, even if it were extended to cover the case at bar, it might not provide the plaintiff with the compensation that he wishes. According to John G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 32, "our courts, while at last admitting that injury to the nervous system is capable of causing recognisable physical harm, are not yet prepared to protect emotional security as such...." If such a cause of action were extended to the facts of this case the appellant would only be entitled to recover damages stemming from recognizable physical or psychopathological harm caused by the actions of the defendant. This would include only the damages stemming from the appellant's treatment for mental depression. In my view, if another cause of action better vindicates the plaintiffs interest and is in the best interests of the children, this particular cause of action should not be recognized.

Finally, and most importantly, the extension of this cause of action to the custody and access context would not appear to be in the best interests of children. Like the tort of conspiracy the tort of intentional infliction of mental suffering would be relatively ineffective in encouraging conduct conducive to the maintenance and development of a relationship between both parents and their children. It is obvious also that such a cause of action, if it were made available throughout the family law context, would have the same potential for petty and spiteful litigation and, perhaps worse, for extortionate and vindictive behaviour as the tort of conspiracy. Indeed, the tort of intentional infliction of mental suffering appears to be an ideal weapon for spouses who are undergoing a great

l'espèce. Un de ces désavantages est qu'il doit y avoir une maladie visible et prouvable, causée par l'action du défendeur pour que ce délit ouvre droit à une action: voir *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, le juge Estey à la p. 238; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658 (B.R. Man.), à la p. 664. Cette exigence est fondée sur le besoin de décourager les fausses réclamations, un besoin spécialement pressant dans le contexte du droit de la famille où les poursuites inutiles et frivoles doivent être découragées. Un autre désavantage associé à ce délit porte que, même s'il était étendu à la présente espèce, il pourrait ne pas permettre d'accorder au demandeur l'indemnisation qu'il désire. Selon John G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 32, [TRADUCTION] «nos tribunaux, tout en admettant enfin qu'une atteinte au système nerveux peut causer des dommages physiques perceptibles, ne sont pas encore prêts à protéger la sécurité émotionnelle comme telle...» Si une telle cause d'action était étendue aux faits de l'espèce, l'appelant aurait seulement le droit de recouvrer des dommages-intérêts découlant de dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles, causés par les actes de la défenderesse. Cela ne comprendrait que les dommages-intérêts découlant du traitement de l'appelant pour sa dépression mentale. À mon avis, si une autre cause d'action défend mieux les intérêts du demandeur et est dans l'intérêt véritable des enfants, cette cause d'action ne devrait pas être reconnue.

g
h
i
j
Finalement, et ce qui est plus important, l'extension de cette cause d'action au contexte de la garde et du droit de visite ne paraîtrait pas être dans l'intérêt véritable des enfants. Tout comme le délit civil de complot, le délit civil qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales serait relativement inefficace pour encourager une conduite favorable au maintien et au développement de rapports entre les parents et leurs enfants. De plus, il est évident qu'une telle cause d'action, si elle pouvait être invoquée dans le contexte du droit de la famille serait, tout autant que le délit civil de complot, susceptible de donner lieu à des litiges mesquins et malveillants et, pire encore, à un comportement exorbitant et vindicatif. En fait, ce délit civil paraît être une arme idéale pour les

deal of emotional trauma which they believe is maliciously caused by the other spouse. It is not for this Court to fashion an ideal weapon for spouses whose initial, although hopefully short-lived objective, is to injure one another, especially when this will almost inevitably have a detrimental effect on the children. Yet, if this cause of action were extended to encompass the facts of this case, it seems to me that there is no rational basis upon which its extension to other areas of family law could be resisted. The gist of the tort is the intentional infliction of mental suffering regardless of the relationship between plaintiff and defendant. It would be available in respect of all inter-spousal conduct both before and after marital breakdown. I would therefore not extend this common law tort to the family law context where the spin-off effects on the children could only be harmful.

There would appear to be no generalized tort of "wrongful interference with another's relationship" as the appellant submits. The law of torts up to this point has protected only certain types of relationships from interference. Relief has been granted for interference with contractual relationships (e.g., *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749), interference through intimidation and unlawful means (e.g., *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.)), and interference with economic relations through injurious falsehood (e.g., *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524). The common denominator of these torts is that they constitute wrongful interference with economic relationships and I do not think they should be extended to a non-economic relationship such as the one under review. As in the case of the tort of intentional infliction of mental suffering, if they were extended to the area of custody and access, there is no rational basis upon which their extension to other areas of family law could be resisted. They would be available in respect of all inter-spousal conduct both before and after marital breakdown and torts grounded in intimidation and injurious falsehood would again seem to be tailor-made for spouses, so motivated, to use against each other. Their extension to the family law area

époux qui subissent un grave traumatisme émotionnel qu'ils croient causé avec malveillance par l'autre conjoint. Il ne revient pas à cette Cour de fabriquer une arme idéale pour les conjoints dont l'objectif initial, bien que, espérons-le, de courte durée, est de se blesser mutuellement, particulièrement lorsque cela aura presque inévitablement un effet préjudiciable sur les enfants. Enfin, si cette cause d'action devait être étendue aux faits de l'espèce, il me semble qu'il n'y a aucun fondement rationnel pour éviter son extension à d'autres domaines du droit de la famille. Le point central de ce délit civil est de causer intentionnellement des souffrances morales sans tenir compte des rapports entre les parties. Il pourrait être invoqué à l'égard de tous les aspects de la conduite des époux l'un envers l'autre avant et après la dissolution du mariage. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas étendre ce délit de *common law* au contexte du droit de la famille où les répercussions sur les enfants ne pourraient être que nuisibles.

Il ne semble pas exister de délit généralisé d'«ingérence illégale dans les rapports d'autrui» comme le soutient l'appelant. Le droit des délits jusqu'à maintenant n'a protégé qu'un certain genre de rapports contre les ingérences. On a accordé des redressements pour ingérence dans des rapports contractuels (par ex. *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749), pour ingérence au moyen d'intimidation et de moyens illégitimes (par ex. *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.)), et pour ingérence dans des rapports économiques par un mensonge préjudiciable (par ex. *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524). Le dénominateur commun de ces délits est qu'ils constituent une ingérence illégale dans des rapports économiques et je ne crois pas qu'ils devraient être étendus à des rapports non économiques comme ceux que nous examinons en l'espèce. Comme dans le cas du délit qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales, s'ils étaient étendus au domaine de la garde et du droit de visite, aucun fondement rationnel ne pourrait en empêcher l'extension à d'autres domaines du droit de la famille. Ils pourraient être invoqués à l'égard de tous les aspects de la conduite des époux l'un envers l'autre avant et après la dissolution du mariage et les délits fondés sur l'intimidation et le mensonge préjudiciable

would not, it seems to me, be in the best interests of children.

But there are two other causes of action which could loosely be said to fall within the rubric of "wrongful interference with another's relationship" and which may well cover the case at bar. These are (a) a cause of action for interference with a right of access founded on the common law or the court order, and (b) a cause of action for breach of a fiduciary duty owed by the custodial to the non-custodial parent to respect the latter's relationship with the child. As neither has traditionally been regarded as a "tort", I shall deal with them under separate headings.

(c) *The Enforcement of a Parental Right*

The appellant submitted by way of alternative to his claims in tort that a parent has at common law a right of access to his children upon which a civil suit can be based. He submitted further that a parent has a legally enforceable right of access pursuant to the order of the Court. These might be seen as separate sources of his parental right or, alternatively, the court order might be viewed as declaratory of his common law right for purposes of enforcement. The respondents submitted that there was no such thing as a right of access at common law, that access was part of a bundle of rights compendiously constituting custody, that the sole source of the appellant's access right was the court order and that the mechanisms for enforcement enacted in the *Children s Law Reform Amendment Act, 1982*, S.O. 1982, c. 20, were the only means of enforcement. They did not include the type of cause of action pleaded in this case.

I believe that there is considerable support for the view that access as a distinct juridical concept is purely a creature of statute. Prior to statute, fathers had an almost absolute common law right to the custody of their children to the total exclusion of mothers: see, for example, *R. v. Greenhill*

sembleraient à nouveau être conçus sur mesure pour les époux, qui seraient portés à les utiliser l'un contre l'autre. Leur extension au droit de la famille ne serait pas, à mon avis, dans l'intérêt véritable des enfants.

Toutefois, il y a deux autres causes d'action dont on pourrait approximativement dire qu'elles s'inscrivent sous la rubrique d'«ingérence illégale dans les rapports d'autrui» et qui pourraient très bien s'appliquer l'espèce. Ce sont a) une cause d'action pour ingérence dans un droit de visite fondé sur la *common law* ou sur une ordonnance du tribunal et b) et une cause d'action pour violation du devoir de fiduciaire du parent gardien envers le parent non gardien de respecter les rapports de ce dernier avec l'enfant. Comme ni l'une ni l'autre n'a traditionnellement été considérée comme un «délict», je traiterai de celles-ci sous des rubriques distinctes.

c) *L'exécution d'un droit parental*

L'appelant prétend subsidiairement à ses réclamations fondées sur le délit, qu'un parent a, en *common law*, le droit de rendre visite à ses enfants, droit sur lequel une poursuite civile peut être fondée. Il soutient en outre qu'un parent a un droit de visite légalement exécutoire aux termes de l'ordonnance du tribunal. On peut considérer qu'il s'agit de sources distinctes de son droit parental ou, subsidiairement, l'ordonnance du tribunal peut être considérée comme une déclaration de son droit de *common law* aux fins de l'exécution. Les intimés ont soutenu que le droit de visite n'existait pas en *common law*, que le droit de visite faisait partie d'un groupe de droits constituant ensemble la garde, que la seule source du droit de visite de l'appelant était l'ordonnance du tribunal et que les mécanismes d'exécution prévus dans la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.O. 1982, chap. 20, constituaient les seuls moyens d'exécution. Ils ne comprenaient pas le genre de cause d'action plaidée en l'espèce.

Je crois qu'il existe un appui considérable pour l'opinion que le droit de visite en tant que concept juridique distinct est purement une création de la loi. Avant l'adoption de la loi, les pères avaient un droit de *common law* presque absolu à la garde de leurs enfants, à l'exclusion totale des mères: voir,

(1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922, and for a general discussion see Susan Maidment, *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context* (1984), at pp. 93-95. It was not until 1839 that the rigours of this common law rule were ameliorated. In that year the British Parliament empowered the Court of Chancery in the *Custody of Infants Act 1839*, 2 & 3 Vict., c. 54 (U.K.) (*Talfourd's Act*), to make an order for the access of a mother to her children. The same statute permitted women to apply for custody of their children under seven years of age. But there could be no order for access except as an adjunct to an order for custody. Custody and access were conceptually linked under *Talfourd's Act* and have been so ever since. It is therefore doubtful that a common law right of access exists independently of statute.

Even if a common law parental right of access pre-existed and survived the passage of *Talfourd's Act*, the subsequent development of the law of custody and access may have effectively eliminated it. The English *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., c. 66 (U.K.), expressly stipulated that in matters concerning the custody and guardianship of infants the rules of equity were to prevail over the common law: see the *Judicature Act, R.S.O. 1980*, c. 223, s. 25, repealed and replaced by the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, s. 109. The paramountcy of the father's claim at common law had to yield to an equitable weighing of the merits of the respective claims of each parent and in this context the question of what would be best for the child became an important consideration. In 1886, the British Parliament passed the *Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., c. 27 (U.K.), which provided in s. 5 that a court could make "such order as it may think fit regarding the custody of [an] infant and the right of access thereto of either parent, having regard to the welfare of the infant, and to the conduct of the parents, and to the wishes as well of the mother as of the father" In Ontario this statute was

par ex., *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922, et pour une analyse générale, voir Susan Maidment, *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context* (1984), aux pp. 93 à 95. Ce n'est qu'en 1839 qu'il y a eu un assouplissement de cette règle de *common law*. Cette année-là le Parlement britannique a donné à la Court of Chancery dans la *Custody of Infants Act 1839*, 2 & 3 Vict., chap. 54 (R.-U.) (*Talfourd's Act*), le pouvoir de rendre une ordonnance permettant à une mère de rendre visite à ses enfants. La même loi a permis aux femmes de demander la garde de leurs enfants de moins de sept ans. Toutefois, il ne pouvait y avoir aucune ordonnance attributive de droit de visite, sauf comme ajout à une ordonnance de garde. Les droits de garde et de visite étaient liés sur le plan des concepts en vertu de la *Talfourd's Act* et l'ont toujours été depuis lors. Par conséquent, on peut douter qu'un droit de visite de *common law* existe indépendamment de la loi.

Même s'il existait un droit parental de visite en *common law* avant l'adoption de la *Talfourd's Act* et qu'il ait survécu à son adoption, l'évolution subséquente du droit relatif à la garde et la visite peut en fait l'avoir éliminé. En Angleterre, la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.-U.), prévoyait de manière expresse que dans les affaires concernant la garde et la tutelle des mineurs, les règles d'*equity* devaient prévaloir sur la *common law*: voir la *Judicature Act, L.R.O. 1980*, chap. 223, art. 25, abrogé et remplacé par la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 109. La suprématie de la réclamation du père en *common law* a dû céder devant une évaluation équitable du bien-fondé des réclamations respectives de chaque parent et, dans ce contexte, la question de l'intérêt de l'enfant est devenue une considération importante. En 1886, le Parlement britannique a adopté la *Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., chap. 27 (R.-U.), dont l'art. 5 prévoyait qu'un tribunal pouvait rendre [TRADUCTION] «l'ordonnance qu'il estime appropriée concernant la garde d'[un] mineur et le droit de chaque parent de lui rendre visite, compte tenu du bien-être du mineur et de la conduite des parents et également du désir de la mère et du père». En Ontario cette loi a été essentiellement

essentially duplicated in the *Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, c. 21.

At first the courts were much more comfortable assessing the competing claims of parents than they were in trying to decide what was in the best interests of children. But over time the best interests of children increasingly became an important concern of the court and today it is the paramount concern. See the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, as amended by the *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, *supra*, s. 1, which added s. 24, for a statutory expression of this principle. In light of these developments it can be said with some assurance that the concept of "parental rights" has fallen into disfavour. Parental responsibilities yes, but rights no. It appears, therefore, that the appellant is on shaky ground when he bases his case for damages on a violation or destruction of his "parental right" to access at common law. The access right has become the child's right, not the parent's right, and it would be a regressive step to recognize today a cause of action in the parent based on an outmoded concept of parental rights in children: see, for example, *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81. Accordingly, to summarize, I believe that the appellant cannot rely on the common law as the source of his right. He must rely on the court order because: (a) it is doubtful that a common law right of access independent of the statutory right granted by the court exists; and (b) even if such a right survived or came into existence after the enactment of *Talfourd's Act*, it could not have survived to the present day in the face of the shift in emphasis from parental rights to children's rights. In my view, the court order, which establishes that the appellant's access to his children is in his children's best interests, is the only possible source of the right he claims.

Three very persuasive factors lead me to hold that the appellant does not have a civil cause of action based on the "right" of access embodied in the court order. First, it is simply not in the child's

reproduite dans la *Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, chap. 21.

Au départ les tribunaux étaient plus à l'aise pour évaluer les réclamations concurrentes des parents qu'ils ne l'étaient pour tenter de décider ce qui constituait l'intérêt véritable des enfants. Avec le temps l'intérêt véritable des enfants est devenu de plus en plus une préoccupation importante des tribunaux et aujourd'hui c'est la préoccupation principale. Pour une expression législative de ce principe, voir la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, modifiée par la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, art. 1 qui ajoutait l'art. 24. On peut dire avec une certaine assurance que, vu ces changements, le concept de «droits parentaux» est tombé en défaveur. Il s'agit des responsabilités parentales mais non des droits. Il appert donc que l'appelant se trouve dans une situation instable lorsqu'il fonde son action en dommages-intérêts sur la violation ou la destruction de son «droit parental» de *common law* de rendre visite à ses enfants. Le droit de visite est devenu le droit de l'enfant et non celui du parent et reconnaître aujourd'hui que le parent a une cause d'action fondée sur un concept démodé de droit parental à l'égard des enfants constituerait un recul: voir par exemple, *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81. Par conséquent, pour résumer, je crois que l'appelant ne peut se fonder sur la *common law* comme source de son droit. Il doit se fonder sur l'ordonnance du tribunal parce que: a) il est douteux qu'il existe un droit de visite de *common law* indépendant du droit légal accordé par le tribunal et b) même si un tel droit avait subsisté ou était né après l'adoption de la *Talfourd's Act*, il n'aurait pas pu subsister jusqu'à maintenant devant l'accroissement de l'importance qu'ont pris les droits des enfants au dépens des droits parentaux. À mon avis, l'ordonnance du tribunal qui établit que le droit de l'appelant de visiter ses enfants est dans l'intérêt véritable des enfants constitue la seule source possible du droit qu'il réclame.

Trois facteurs très convaincants m'amènent à conclure que l'appelant n'a pas une cause d'action civile fondée sur le «droit» de visite incorporé dans l'ordonnance du tribunal. Premièrement, il n'est

best interests to recognize the general availability of an action based on the court order. Such an action would be available every time a visitation was denied by the custodial parent. Litigation could occur frequently, thus multiplying the traumatizing effects of the marriage breakdown on the child. Second, a civil action for breach of a court order has never been recognized by our law as a method of enforcing court orders. And third, the legislature, in spelling out the enforcement mechanisms, has not provided for such an action.

Since the appellant instituted his action the *Children's Law Reform Amendment Act, 1982, supra*, has been passed. Section 19(a) as enacted by that statute reaffirms that all matters relating to custody and access are to be decided in the child's best interests. Section 19(d) states that the Act is intended to provide for the more effective enforcement of custody and access orders. Section 35 permits the court to order supervised access, if necessary, and it may attach any conditions it considers appropriate. Section 37 empowers the court to authorize any person to apprehend the child so as to give effect to the entitlement of that person to access or custody. The police or the sheriff may be empowered by the court to apprehend the child to that end. An application for apprehension may be made *ex parte*. Section 38 may be used to require any person who may remove a child from Ontario to post a bond, to give up his or her passport and to transfer specific property to a named trustee to be held subject to the terms and conditions specified in the order. Section 39 allows a provincial court (family division) to impose fines of up to \$1,000 and/or up to ninety days' imprisonment for contempt of a court order. Finally, s. 40 enables the court to order any person or public body to assist a parent in finding his or her child by giving the name and address of the person with whom the child resides. It is apparent from these provisions that the legislature is not unaware of the problem in relation to the enforcement of these orders. Yet it has not seen fit to provide a civil cause of action. I think we must

tout simplement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant de reconnaître la possibilité générale de recourir à une action fondée sur l'ordonnance du tribunal. Une telle action pourrait être intentée chaque fois que le parent gardien empêche l'autre parent de rendre visite à l'enfant. Des litiges pourraient se produire fréquemment, multipliant ainsi les effets traumatisant de la dissolution du mariage à l'égard de l'enfant. Deuxièmement, une action civile fondée sur la violation d'une ordonnance du tribunal n'a jamais été reconnue dans notre droit comme une méthode d'exécution des ordonnances des tribunaux. Et troisièmement, le législateur, en énonçant les mécanismes d'exécution, n'a pas prévu une telle action.

Depuis que l'appelant a intenté son action, la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, a été adoptée. L'alinéa 19a) de cette loi réaffirme que toutes les questions relatives à la garde d'un enfant et au droit de visite doivent tenir compte de l'intérêt véritable de l'enfant. L'alinéa 19d) prévoit que la Loi est destinée à pourvoir à une meilleure exécution des ordonnances de garde et de visite. L'article 35 permet à la cour de rendre si nécessaire une ordonnance de droit de visite contrôlée et peut y joindre les directives qu'elle juge appropriées. L'article 37 permet à la cour d'autoriser toute personne à appréhender l'enfant de manière à faire respecter les droits de garde ou de visite de cette personne. La police ou le shérif peuvent être autorisés par la cour à appréhender l'enfant à cette fin. Une requête relative à l'appréhension peut être présentée *ex parte*. L'article 38 peut être utilisé pour exiger qu'une personne qui peut emmener l'enfant à l'extérieur de l'Ontario dépose une caution, remette son passeport et transfère des biens précis à un fiduciaire désigné qui les détiendra sous réserve des conditions précisées dans l'ordonnance. L'article 39 permet à la Cour provinciale (Division de la famille) d'imposer une amende qui n'est pas supérieure à 1 000 \$ et une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas 90 jours à quiconque contrevient à une ordonnance de la cour. Finalement, l'art. 40 permet à la cour d'ordonner à un particulier ou à un organisme public d'aider un parent à retrouver son enfant en lui donnant le nom et l'adresse de la personne avec qui l'enfant demeure.

assume that it acted advisedly in this regard. I would hold, therefore, that no cause of action can be based directly on the court order.

(d) Breach of Fiduciary Duty

The final cause of action to be considered is breach of fiduciary duty. This possibility was not advanced by counsel in his original material but, since the issue before the Court was whether the statement of claim should be struck out "as disclosing no reasonable cause of action", the Court was of the view that it should be addressed. Counsel was accordingly invited to file written submissions of which we have had the benefit.

In the past the question whether a particular relationship is subject to a fiduciary obligation has been approached by referring to categories of relationships in which a fiduciary obligation has already been held to be present. Some recognized examples of these categories are relationships between directors and corporations, solicitors and clients, trustees and beneficiaries, agents and principals, life tenants and remaindermen, and partners. As well, it has frequently been noted that the categories of fiduciary relationship are never closed: see, for example, *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384 *per* Dickson J. (as he then was); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737 (H.C.); *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382, at p. 398; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516, at p. 522; R. Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), at pp. 490-91. An extension of fiduciary obligations to new "categories" of relationship presupposes the existence of an underlying principle which governs the imposition of the fiduciary obligation.

Il ressort de ces dispositions que le législateur est au courant du problème relatif à l'exécution de ces ordonnances. Toutefois, il n'a pas estimé approprié de prévoir une cause d'action civile. À mon avis, nous devons présumer qu'il a agi en toute connaissance de cause à cet égard. Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'aucune cause d'action ne peut être fondée directement sur l'ordonnance du tribunal.

d) La violation du devoir de fiduciaire

La dernière cause d'action qui doit être examinée est la violation du devoir de fiduciaire. Cette possibilité n'a pas été présentée par l'avocat dans son mémoire original mais, étant donné que la question posée à la Cour était de savoir si la déclaration devait être radiée «pour le motif qu'elle ne comportait aucune cause d'action raisonnable», la Cour a été d'avis qu'elle devait être examinée. Par conséquent, l'avocat a été invité à présenter des arguments écrits dont nous avons pu profiter.

Par le passé, la question de savoir si un rapport en particulier était assujéti à une obligation fiduciaire a été examinée en fonction des catégories de rapports dans lesquels on a déjà conclu à l'existence d'une obligation fiduciaire. Certains exemples reconnus de ces catégories sont les rapports qui existent entre les directeurs et les sociétés, les procureurs et les clients, les fiduciaires et les bénéficiaires, les mandataires et les mandants, les titulaires de domaine viager et les titulaires de domaine résiduaire, et les associés. De même, on a souvent souligné que les catégories de rapports fiduciaires ne sont pas fermées: voir, par exemple, *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737 (H.C.), *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473, *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382, à la p. 398, *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516, à la p. 522, R. Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), aux pp. 490 et 491. L'extension d'obligations fiduciaires à de nouvelles «catégories» de rapports présuppose l'existence d'un principe sous-jacent qui régit l'imposition de l'obligation fiduciaire.

However, there has been a reluctance throughout the common law world to affirm the existence of and give content to a general fiduciary principle which can be applied in appropriate circumstances. Sir Anthony Mason ("Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity* (1985), at p. 246) is probably correct when he says that "the fiduciary relationship is a concept in search of a principle". As a result there is no definition of the concept "fiduciary" apart from the contexts in which it has been held to arise and, indeed, it may be more accurate to speak of relationships as having a fiduciary component to them rather than to speak of fiduciary relationships as such: see J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), pp. 4-8. Perhaps the biggest obstacle to the development of a general fiduciary principle has been the fact that the content of the fiduciary duty varies with the type of relationship to which it is applied. It seems on its face therefore to comprise a collection of unrelated rules such as the rule against self-dealing, the misappropriation of assets rule, the conflict and profit rules and (in Canada) a special business opportunity rule: see R. P. Austin, "The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96, at pp. 96-97; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977). The failure to identify and apply a general fiduciary principle has resulted in the courts relying almost exclusively on the established list of categories of fiduciary relationships and being reluctant to grant admittance to new relationships despite their oft-repeated declaration that the category of fiduciary relationships is never closed.

A few commentators have attempted to discern an underlying fiduciary principle but, given the widely divergent contexts emerging from the case law, it is understandable that they have differed in their analyses: see, for example, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1; Gareth Jones, "Unjust

Toutefois, dans le monde de la *common law*, on a hésité à confirmer l'existence d'un principe fiduciaire général qui puisse être appliqué dans des circonstances appropriées et à lui donner un contenu. Sir Anthony Mason («Themes and Prospects» dans P. Finn, ed., *Essays in Equity* (1985), à la p. 246) a probablement raison lorsqu'il dit que [TRA-DUCTION] «le rapport fiduciaire est un concept à la recherche d'un principe». En conséquence, il n'y a aucune définition du concept «fiduciaire» hors des contextes dans lesquels on a jugé qu'il prenait naissance et, en fait, on peut plus précisément parler de rapports ayant une composante de nature fiduciaire plutôt que de parler de rapports fiduciaires comme tels: voir J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), pp. 4 à 8. Ce qui a constitué sans doute le plus grand obstacle au développement d'un principe fiduciaire général a été le fait que le contenu du devoir fiduciaire varie selon le type de rapport auquel il s'applique. A première vue, il semble donc comprendre un ensemble de règles diverses comme la règle interdisant les transactions intéressées, la règle interdisant les détournements de fonds, la règle sur les conflits d'intérêt et les bénéfices et (au Canada) une règle concernant les débouchés d'affaires spéciales: voir R. P. Austin, «The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96, aux pp. 96 et 97; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977). L'incapacité d'identifier un principe fiduciaire général et de l'appliquer a fait en sorte que les tribunaux se sont fondés presque exclusivement sur la liste de catégories de rapports fiduciaires déjà établie et ont été réticents à admettre de nouveaux rapports malgré leurs déclarations souvent répétées selon lesquelles les catégories de rapports fiduciaires ne sont jamais complètes.

Quelques auteurs ont tenté de faire ressortir un principe fiduciaire sous-jacent mais, compte tenu de la grande variété de contextes qui ressortent de la jurisprudence, on peut comprendre qu'ils ont abordé la question de façons différentes: voir, par exemple, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1;

Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton and L. A. Sheridan, *Equity* (1969), at pp. 336-52; Shepherd, *supra*, at p. 94. Yet there are common features discernible in the contexts in which fiduciary duties have been found to exist and these common features do provide a rough and ready guide to whether or not the imposition of a fiduciary obligation on a new relationship would be appropriate and consistent.

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Very little need be said about the first characteristic except this, that unless such a discretion or power is present there is no need for a superadded obligation to restrict the damaging use of the discretion or power: see, for example, *R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653 (Ont. C.A.), *aff'd sub nom. Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39.

With respect to the second characteristic it is, of course, the fact that the power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way that makes the imposition of a fiduciary duty necessary. Indeed, fiduciary duties are frequently imposed on those who are capable of affecting not only the legal interests of the beneficiary but also the beneficiary's vital non-legal or "practical" interests. For example, it is generally conceded that a director is in a fiduciary relationship to the corporation. But the corporation's interest which is protected by the fiduciary duty is not confined to an interest in the property of the corporation but extends to non-legal, practical interests in the financial well-being of the corporation and perhaps to even more intangible practical interests such as

Gareth Jones, «Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty» (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton et L. A. Sheridan, *Equity* (1969), aux pp. 336 à 352; Shepherd, précité, à la p. 94. Toutefois, des caractéristiques communes ressortent des contextes dans lesquels on a établi l'existence de devoirs fiduciaires et celles-ci constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est appropriée et compatible avec ce qui existe.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur la première caractéristique, sauf pour dire que, à moins qu'il n'y ait un tel pouvoir discrétionnaire, il n'est pas nécessaire d'ajouter l'obligation de limiter l'utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire: voir, par exemple, *R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653 (C.A. Ont.), *conf. sub nom. Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39.

En ce qui a trait à la deuxième caractéristique, c'est évidemment le fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire qui rend nécessaire l'imposition d'un devoir fiduciaire. En fait, des devoirs fiduciaires sont fréquemment imposés à ceux qui sont en mesure de porter atteinte non seulement aux intérêts juridiques du bénéficiaire mais également à ses intérêts vitaux non juridiques ou «pratiques». Par exemple, il est généralement reconnu qu'un directeur a des rapports fiduciaires avec la société. Toutefois, l'intérêt de la société qui est protégé par le devoir fiduciaire n'est pas restreint à un intérêt dans les biens de la société mais s'étend à des intérêts pratiques, non juridiques dans la santé financière de la société et sans doute

the corporation's public image and reputation. Another example is found in cases of undue influence where a fiduciary uses a power over the beneficiary to obtain money at the expense of the beneficiary. The beneficiary's interest in such a case is a pecuniary interest. Finally, in *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), a British soldier who was able to smuggle items past Egyptian guards because these guards excused uniformed soldiers from their inspections was held to be a fiduciary. The Crown's interest was a "practical" or even a "moral" one, namely that its uniform should not be used in corrupt ways. The soldier-fiduciary had no power to change the legal position of the British Crown, so how could the Crown's legal interests have been affected by the soldier's action? The same can be said of the **Crown's interest in *Attorney-General v. Goddard*** (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, where the Crown was able to recover bribes which had been paid to its employee, a sergeant in the Metropolitan Police. In my view, what was protected in that case was not a "legal" interest but a vital and substantial "practical" interest.

The third characteristic of relationships in which a fiduciary duty has been imposed is the element of vulnerability. This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power. Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of

à des intérêts pratiques encore moins tangibles, comme l'image publique et la réputation de la société. On trouve un autre exemple dans les affaires d'abus d'influence lorsqu'un fiduciaire utilise un pouvoir sur le bénéficiaire en vue d'obtenir de l'argent à ses dépens. L'intérêt du bénéficiaire dans un tel cas est un intérêt pécuniaire. Enfin, dans *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), on a conclu qu'un soldat britannique qui a pu passer des marchandises en contrebande devant les gardes égyptiens parce que ceux-ci n'inspectaient pas les soldats en uniforme, était un fiduciaire. L'intérêt du gouvernement était «pratique» ou même «moral», c'est-à-dire que son uniforme ne devrait pas être utilisé de manière malhonnête. Puisque le soldat-fiduciaire n'avait pas le pouvoir de modifier la position juridique du gouvernement britannique, de quelle manière les intérêts juridiques du gouvernement avaient-ils pu être touchés par l'action du soldat? On peut dire la même chose de l'intérêt du gouvernement dans *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, où Sa Majesté a été en mesure de recouvrer des pots-de-vin qui avaient été versés à son employé, un sergent de la police métropolitaine. À mon avis, ce qui était protégé dans cette affaire n'était pas un intérêt «juridique» mais un intérêt «pratique» vital et important.

La troisième caractéristique des rapports dans lesquels un devoir fiduciaire a été imposé est l'élément de vulnérabilité. Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire. Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé,

their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

A similar three-fold formulation of the principle underlying fiduciary obligation has recently been adopted by the Australian High Court in deciding whether a sole distributor of a product has fiduciary obligations. In *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, Gibbs C.J. at p. 432, considered the following test "not inappropriate in the circumstances":

... there were two matters of importance in deciding when the court will recognize the existence of the relevant fiduciary duty. First, if one person is obliged, or undertakes, to act in relation to a particular matter in the interests of another and is entrusted with the power to affect those interests in a legal or practical sense, the situation is ... analogous to a trust. Secondly,... the reason for the principle lies in the special vulnerability of those whose interests are entrusted to the power of another to the abuse of that power.

Mason J. in the same case stated (at p. 454) that the critical feature in these relationships is that:

... the fiduciary undertakes or agrees to act for or on behalf of or in the interests of another person in the exercise of a power or discretion which will affect the interests of that other person in a legal or practical sense. The relationship between the parties is therefore one which gives the fiduciary a special opportunity to exercise the power or discretion to the detriment of that other person who is accordingly vulnerable to abuse by the fiduciary of his position.

A similar formulation of the principle was enunciated in at least one Canadian case. In *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428 (N.S.C.A.), Macdonald J.A. enunciated the principle in this way at p. 440:

The reason such persons [directors] are subjected to the fiduciary relationship apparently is because they have a leeway for the exercise of discretion in dealing with

c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Une formulation semblable en trois parties a récemment été adoptée par la Haute Cour d'Australie lorsqu'elle a tranché la question de savoir si le distributeur unique d'un produit a des obligations fiduciaires. Dans l'arrêt *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, le juge en chef Gibbs a conclu à la p. 432 que le critère suivant [TRADUCTION] «n'était pas approprié dans les circonstances»:

[TRADUCTION] ... il y avait deux questions importantes pour décider du moment où le tribunal devrait reconnaître l'existence du devoir fiduciaire pertinent. Premièrement, si une personne est obligée d'agir, relativement à une question particulière, dans les intérêts d'une autre personne ou s'engage à le faire et a le pouvoir de modifier ses intérêts dans un sens juridique ou pratique, la situation est [...] analogue à une fiducie. Deuxièmement, [...] le principe est fondé sur la vulnérabilité spéciale de ceux dont les intérêts sont assujettis au pouvoir d'une autre personne d'abuser de ce pouvoir.

Le juge Mason a dit dans le même arrêt (à la p. 454) que la caractéristique décisive dans ces rapports est la suivante:

[TRADUCTION] ... le fiduciaire s'engage à agir pour le compte ou dans les intérêts d'une autre personne ou accepte de le faire dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui aura un effet sur les intérêts de cette autre personne dans un sens juridique ou pratique. Par conséquent, le rapport qui existe entre les parties donne au fiduciaire l'occasion spéciale d'exercer le pouvoir discrétionnaire au détriment de cette autre personne qui est donc vulnérable si le fiduciaire abuse de sa position.

Une formulation semblable du principe a été énoncée dans au moins un arrêt canadien. Dans *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428 (C.A.N.-É.), le juge MacDonald a énoncé le principe de la manière suivante à la p. 440:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle de telles personnes [directeurs] sont assujetties au rapport fiduciaire est apparemment parce qu'elles ont, dans l'exercice de leur

third parties which can affect the legal position of their principals.

As well, it has been advanced by many learned commentators: see, generally, Weinrib, *supra*, at pp. 4-9; Shepherd, *supra*, at pp. 98, 138-41; Harold Brown, "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650, at p. 664.

In my view, the relationship between the custodial parent and the non-custodial parent fits within the fiduciary principle I have described. There is no doubt that prior to the custody and access order the parent who will become the non-custodial parent has a very substantial interest in his or her relationship with the child. The granting of the access order confirms that the relationship between the non-custodial parent and the child is of benefit to the child and therefore worth preserving. That relationship predated the access order and it continues to subsist after the access order is made. It is not itself created by the access order. But the custody and access order, by splitting access from custody, puts the custodial parent in a position of power and authority which enables him or her, if so motivated, to affect the non-custodial parent's relationship with his or her child in an injurious way. The selfish exercise of custody over a long period of time without regard to the access order can utterly destroy the non-custodial parent's relationship with his child. The non-custodial parent (and, of course, the child also) is completely vulnerable to this. Yet the underlying premise in a grant of custody to one parent and access to the other is that the custodial parent will facilitate the exercise of the other's access rights for the sake of the child. This is reflected in s. 16(10) of the *Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4, which provides:

16.

(10) In making an order under this section, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and,

pouvoir discrétionnaire pour traiter avec les tiers, une certaine liberté d'action qui peut avoir un effet sur la situation juridique de leurs mandants.

a De même, cette caractéristique a été proposée par un grand nombre d'auteurs: voir, d'une manière générale, Weinrib, précité, aux pp. 4 à 9; Shepherd, précité, aux pp. 98, 138 à 141; Harold Brown, «Franchising—A Fiduciary Relationship» (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650, à la p. 664.

b À mon avis, les rapports entre le parent gardien de l'enfant et le parent non gardien s'inscrivent dans le principe fiduciaire que j'ai décrit. Il n'y a aucun doute que, avant l'ordonnance de garde et de visite, le parent qui deviendra le parent non gardien a un intérêt très important dans ses rapports avec l'enfant. L'ordonnance attributive du droit de visite confirme que les rapports qui existent entre le parent non gardien et l'enfant sont à l'avantage de l'enfant et doivent donc être conservés. Ces rapports sont antérieurs à l'ordonnance attributive du droit de visite et ils subsistent après que l'ordonnance a été rendue. Ils ne sont pas eux-mêmes créés par l'ordonnance attributive du droit de visite. Toutefois, l'ordonnance de garde et de visite, en séparant les droits de visite du droit de garde, place le parent gardien dans une situation de pouvoir et d'autorité qui lui permet, s'il le désire, de modifier les rapports du parent non gardien avec son enfant d'une manière qui peut être abusive. L'exercice égoïste du droit de garde pendant une longue période sans tenir compte de l'ordonnance attributive du droit de visite peut détruire complètement les rapports du parent non gardien avec son enfant. Ce parent (et évidemment, aussi l'enfant), est complètement vulnérable dans une telle situation. Pourtant la prémisse sous-jacente dans l'octroi de la garde à un parent et du droit de visite à un autre est que le parent gardien doit faciliter l'exercice du droit de visite de l'autre pour le bien de l'enfant. Cela ressort du par. **16(10) de la Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986**, chap. 4, qui prévoit:

16. ...

(10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à

for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody is sought to facilitate such contact.

The custodial parent is expected to act in good faith not only towards the non-custodial parent but also towards the children. Section 16(10) makes it clear that this is one of the qualifications of a good custodial parent.

It seems to me that the three underlying characteristics of relationships in which fiduciary duties are imposed are present in the relationship under review. The custodial parent has been placed as a result of the court's order in a position of power and authority over the children with the potential to prejudicially affect and indeed utterly destroy their relationship with their non-custodial parent through improper exercise of the power. There can be no doubt also that the requisite vulnerability is present and that in practical terms there is little that the non-custodial parent can do to restrain the custodial parent's improper exercise of authority or to obtain redress for it. The options open to an aggrieved non-custodial parent in the face of a campaign by a custodial parent to cut the non-custodial parent off from the child are exceedingly limited. As mentioned above, s. 37 of the *Children's Law Reform Act* gives courts the authority to direct a sheriff or police force, or both, to locate, apprehend and deliver back a child who is being unlawfully withheld from a person entitled to custody or access. This does not appear to be an appropriate means of compelling a custodial parent to permit access and it seems unlikely that any parent sensitive to his or her child's feelings would resort to it. The option of refusing payment of child maintenance in order to secure a right of access is not available to a non-custodial spouse: *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337 (C.A.) The powers of the court to order a custodial parent to post a bond or other security, to have support payments made to a specified trustee who holds them subject to certain conditions, and to have the custodial parent give up his or her passport are usually ineffective. The forfeiture of the bond or other security and the withholding of support payments by a trustee may not be in the child's best interests (it may affect the custodial parent's abili-

cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

a On s'attend à ce que le parent gardien agisse de bonne foi non seulement envers le parent non gardien, mais également à l'égard des enfants. Le paragraphe 16(10) établit clairement qu'il s'agit d'une des qualités d'un bon parent qui a la garde.

b

Il me semble que les trois caractéristiques sous-jacentes des rapports dans lesquels les devoirs fiduciaires sont imposés se trouvent dans les rapports qui nous intéressent. Le parent gardien a été placé par suite de l'ordonnance du tribunal dans une situation de pouvoir et d'autorité à l'égard des enfants et il a la possibilité de porter atteinte à leurs rapports avec le parent non gardien et en fait de la détruire complètement par l'exercice abusif du pouvoir. De plus, il n'y a aucun doute que la vulnérabilité requise est présente et que, en pratique, il n'y a pas grand-chose que le parent non gardien puisse faire pour empêcher le parent gardien d'exercer son pouvoir de manière abusive ou pour obtenir un redressement contre celui-ci. Les possibilités de recours du parent lésé face à la campagne du parent gardien pour couper tout lien avec l'enfant sont extrêmement limitées. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 37 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* accorde aux tribunaux le pouvoir d'ordonner à un shérif et à la police ou à l'un des deux de trouver, d'appréhender et de remettre l'enfant retenu illicitement à la personne qui en a la garde ou qui jouit d'un «droit de visite». Cette mesure ne paraît pas être le moyen approprié pour obliger le parent gardien de l'enfant à permettre l'exercice d'un droit de visite et il semble peu vraisemblable qu'un parent sensible aux sentiments de son enfant y ait recours. L'époux non gardien ne peut recourir à la possibilité de refuser de verser les paiements alimentaires pour l'enfant afin de garantir le droit de visite: *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337 (C.A.) Les pouvoirs du tribunal d'ordonner au parent gardien de déposer une caution ou une autre garantie, d'ordonner le dépôt à un fiduciaire désigné des paiements alimentaires qui les détiendra sous certaines conditions et d'ordonner la remise du passeport du parent gardien sont habituelle-

i

j

ty to meet the expenses of raising the child) and the giving up of the passport only prevents the child from being removed from the country. Section 39 of the *Children's Law Reform Act* allows a Provincial Court (Family Division) to impose fines of up to \$1,000 and/or imprisonment of up to ninety days for contempt. But imprisoning and fining the custodial parent will usually not be in the child's best interests and will therefore seldom be available to the non-custodial parent. As James G. McLeod has written ("Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, at pp. 105):

Where they [access orders] are wilfully ignored, proper sanctions must be imposed. Such actions may be a fine ... or imprisonment... Neither of these sanctions however, is entirely appropriate. In many cases, the custodial spouse may not have the resources to pay the fine without resort to funds required for day-to-day living expenses, in which event the child will suffer ____ Where imprisonment is ordered, one approach would be to imprison the custodial parent over weekends when access by the other parent could be enjoyed, so as to minimize disruption to the children. Even then, the children may suffer from the knowledge (which they will surely gain!) that one parent has put the other parent in jail.

It is sometimes suggested that transferring custody is an appropriate means of punishing the custodial parent for an ongoing denial of access: see, for example, the suggestions made in *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179 (S.C.), at pp. 182-183; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295 (Ont. C.A.), at pp. 295-96; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47 (Alta. S.C.), at p. 55; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665, at p. 668. And indeed this is being done: see *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400 (B.C.C.A.), and *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L.

ment inefficaces. Il est possible que la confiscation de la caution ou de toute autre garantie et la retenue de paiements alimentaires par un fiduciaire ne soient pas dans l'intérêt véritable de l'enfant (cela peut avoir un effet sur la capacité du parent gardien de payer les dépenses engagées pour élever l'enfant) et la remise du passeport empêche seulement que l'enfant quitte le pays. L'article 39 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* permet à la Cour provinciale (Division de la famille) d'imposer une amende qui n'est pas supérieure à 1 000 \$ et une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas 90 jours ou l'une de ces peines en matière d'outrage. Toutefois, l'emprisonnement du parent gardien ou l'imposition d'une amende ne sera habituellement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant; le parent non gardien l'utilisera donc rarement. Comme James G. McLeod l'a écrit («Annotation» to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, à la p. 105):

[TRADUCTION] Lorsqu'elles [les ordonnances attributives du droit de visite] sont volontairement ignorées, des sanctions appropriées doivent être imposées. De telles actions peuvent être une amende [...] ou une peine d'emprisonnement [...] Toutefois aucune de ces sanctions n'est entièrement appropriée. Dans un grand nombre de cas, l'époux qui a la garde peut ne pas avoir les moyens de payer l'amende sans puiser dans les fonds nécessaires pour les dépenses quotidiennes, auquel cas l'enfant subira un préjudice [...] Lorsqu'une peine d'emprisonnement est ordonnée, une solution serait d'emprisonner le parent gardien les fins de semaine pendant que l'autre parent peut jouir de son droit de visite, de manière à réduire les dérangements pour les enfants. Même dans ce cas, les enfants pourront subir un préjudice lorsqu'ils sauront (ce qu'ils apprendront sûrement!) qu'un parent a fait emprisonner l'autre parent.

On a déjà suggéré que le transfert de la garde de l'enfant constitue un moyen approprié pour punir le parent gardien qui refuse continuellement de permettre l'exercice du droit de visite: voir, par exemple, les propositions faites dans *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179 (C.S.), aux pp. 182 et 183, *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295 (C.A. Ont.), aux pp. 295 et 296, *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47 (C.S. Alb.), à la p. 55, *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665, à la p. 668. En fait cela a été fait: voir *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d)

(2d) 337 (Sask. C.A.) But again, because of the bonding that takes place between the custodial parent and his or her child over a period of time, such a step may not be in the child's best interests. In *Racine v. Woods*, [1983] 2 SCR; 173, a case involving a custody dispute between an Indian child's natural parents and the child's adopted parents, this Court stressed the need for children to have continuity of relationships. It held that, while an Indian child's cultural heritage and background were important factors to be considered by the court in applying the best interests doctrine, these factors had declined in importance in light of the degree of psychological bonding which had developed with the foster parents. Because of this psychological bonding a transfer of custody may not be a suitable remedy. Finally, as has been indicated above, there are good reasons for not extending common law causes of action in tort in order to permit the non-custodial parent to obtain redress for the custodial parent's denial of access.

I have already indicated that substantial non-legal, practical interests are protected by the imposition of fiduciary duties in appropriate cases. It cannot be denied that the non-custodial parent's interest in his or her child is as worthy of protection as some interests commonly protected by a fiduciary duty. For example, just as a corporation has a substantial interest in its relationship to corporate opportunities and customers that is worthy of protection (see, for example, *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592) it can be said that a non-custodial parent has a substantial interest in his or her relationship with his or her child that is worthy of protection. However, one salient distinction between the non-custodial parent-child relationship and the corporation-customer relationship is that the former involves a substantial non-economic interest of the parent while the latter normally involves a substantial economic interest of the corporation. But I believe that this distinction should not be determinative. The non-custodial parent's interest in the

400 (C.A.C.-B.), et *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337 (C.A. Sask.) Mais, encore une fois, à cause du lien qui se forme entre le parent gardien et son enfant pendant une certaine période, il est possible qu'une telle mesure ne soit pas dans l'intérêt de l'enfant. Dans l'arrêt *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, où s'opposaient, sur la garde, les parents naturels de l'enfant indien et les parents adoptifs de les enfants, cette Cour a souligné qu'il était nécessaire pour l'enfant qu'il y ait une continuité des rapports. Elle a conclu que, bien que l'appartenance culturelle et ethnique d'un enfant indien était un facteur important dont doit tenir compte le tribunal pour appliquer la doctrine de l'intérêt de l'enfant, ces facteurs ont perdu de l'importance compte tenu du degré du lien psychologique qui s'était développé avec les parents nourriciers. A cause de ce lien psychologique, il est possible qu'un transfert de garde ne soit pas un redressement approprié. Finalement, comme je l'ai indiqué précédemment, il y a de bons motifs pour ne pas étendre les causes d'actions de *common law* en matière de délits civils pour permettre au parent non gardien d'obtenir un redressement contre le refus du parent gardien de lui permettre d'exercer son droit de visite.

J'ai déjà indiqué que des intérêts pratiques importants qui ne sont pas juridiques, sont protégés par l'imposition de devoirs fiduciaires dans les cas appropriés. On ne peut nier que l'intérêt que porte à son enfant le parent qui n'en a pas la garde mérite autant d'être protégé que certains intérêts qui sont habituellement protégés par un devoir fiduciaire. Par exemple, tout comme la société qui a un intérêt important dans ses rapports avec des occasions d'affaires et des clients qui mérite d'être protégé (voir, par exemple, *Canadian Aero Service Ltd. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592), on peut dire que le parent non gardien a, à l'égard de ses relations avec son enfant, un intérêt important qui mérite d'être protégé. Toutefois, il y a une distinction frappante entre les rapports entre le parent non gardien et l'enfant et le rapport société-client. Les premiers touchent un intérêt important non pécuniaire du parent alors que les derniers touchent normalement un intérêt pécuniaire important de la société. Toutefois je crois que cette distinction ne devrait pas être déterminante. L'in-

relationship with his or her child is without doubt of tremendous importance to him or her. To deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human and personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme. In contract law equity recognizes interests beyond the purely economic when, instead of awarding damages in the market value of real estate against a vendor who has wrongfully refused to close, it grants specific performance. Other non-economic interests should also be capable of protection in equity through the imposition of a fiduciary duty. I would hold, therefore, that the appellant's interest in a continuing relationship with his or her child is capable of protection by the imposition of such a duty.

Before a cause of action for breach of fiduciary duty can be said to exist in this limited area within the field of family law, it is necessary to ask the same question as was asked in the context of the various torts proposed by the appellant, namely should existing fiduciary principles be extended? In examining this question it will again be necessary to consider the possibility that this cause of action might be used as a weapon by vindictive spouses and, more important still, it is necessary to consider whether or not the extension of fiduciary principles to this particular relationship would be in the best interests of children.

This cause of action has, in my view, a number of significant advantages over the others. First, it arises only in one particular circumstance, the circumstance of vulnerability created by the splitting of the custody and access of children by the issuance of a court order. Unlike some of the torts examined, this action would not be available in any other family law context. This is a very important consideration in light of the possible detrimental impact on children of recurring lawsuits by one parent against the other.

térêt du parent non gardien dans les rapports avec son enfant est sans doute d'une importance primordiale pour lui. Refuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire. En droit des contrats, l'*equity* reconnaît des intérêts qui vont plus loin que l'intérêt purement financier lorsque, au lieu d'accorder des dommages-intérêts selon la valeur marchande d'un bien immobilier contre un vendeur qui a illégalement refusé de conclure la vente, elle accorde l'exécution intégrale. D'autres intérêts non pécuniaires devraient également pouvoir être protégés en *equity* par l'imposition d'un devoir fiduciaire. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que l'intérêt de l'appelant dans le maintien de ses rapports avec son enfant peut être protégé par l'imposition d'un tel devoir.

Avant que l'on puisse dire qu'une cause d'action pour violation de devoir fiduciaire existe dans ce domaine restreint du droit de la famille, il est nécessaire de poser la même question qui a été posée dans le contexte des divers délits civils invoqués par l'appelant, savoir les principes fiduciaires existants devraient-ils être étendus? Dans l'examen de cette question, il sera encore une fois nécessaire de tenir compte de la possibilité que cette cause d'action puisse être utilisée comme une arme par des conjoints vindicatifs et, ce qui est plus important, il est nécessaire de voir si l'extension des principes fiduciaires à ces rapports particuliers serait dans l'intérêt véritable des enfants.

À mon avis, cette cause d'action comporte un certain nombre d'avantages importants par rapport aux autres. D'abord, elle ne se présente que dans une circonstance particulière, la vulnérabilité créée par la division de la garde de l'enfant et du droit de visite par la délivrance de l'ordonnance d'un tribunal. Contrairement à certains des délits civils examinés, cette action ne pourrait pas être utilisée dans d'autres contextes du droit de la famille. Il s'agit d'une considération très importante vu l'effet préjudiciable à l'égard des enfants que peuvent avoir les poursuites périodiques engagées par un parent contre l'autre.

Second, the cause of action for breach of fiduciary duty creates a very strong incentive to custodial parents to exercise their custodial rights so as to further the best interests of their children, to recognize that their children are entitled to an ongoing relationship with their other parent and that it is a serious matter to use the authority confided in them by an order of the court to deprive their children of this other dimension in their lives. I believe that this cause of action will help to promote a healthy and beneficial relationship between a child and both parents and is, in this respect, much more conducive to the best interests of the child than the tort actions previously considered.

Finally, unlike the causes of action in tort, the cause of action for breach of fiduciary duty allows the court to take into account conduct of a non-custodial parent (whether related to custody and access issues or not) which might be contrary to the best interests of children. When considering breaches of equitable duty and awarding equitable remedies the court has a wide scope for the exercise of discretion which does not exist in respect of common law causes of action. In the context of breach of fiduciary duty this discretion would allow the court to deny relief to an aggrieved party or grant relief on certain terms if that party's conduct has disabled him or her from full relief, e.g., non-payment of spousal support or previous abuse of access rights. There is neither precedent nor historical basis for the exercise of such a discretion in the case of a common law tort action. The tort would be actionable regardless of the inequitable conduct of the plaintiff.

It may be objected that despite these advantages which the action for breach of fiduciary duty possesses over the tort actions I have examined, the availability of any action would be contrary to the best interests of children because of the unavoidable deleterious effects of litigation on children. To some extent, this objection is well-found-

Ensuite, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire incite très fortement les parents qui ont la garde des enfants à exercer leur droit de garde de manière à favoriser l'intérêt véritable de leurs enfants, à reconnaître que leurs enfants ont droit à au maintien de leurs rapports avec l'autre parent et que l'utilisation du pouvoir qui leur a été confié par l'ordonnance d'un tribunal pour priver leurs enfants de cette autre dimension dans leur vie, est une chose grave. Je crois que cette cause d'action aidera à promouvoir des rapports sains et bénéfiques entre un enfant et les deux parents et, à cet égard, contribuera beaucoup plus à l'intérêt véritable de l'enfant que les actions en délit civil examinées précédemment.

Enfin, contrairement aux causes d'action délictuelle, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire permet au tribunal de tenir compte de la conduite du parent non gardien (qu'elle soit reliée ou non à des questions de garde et de droit de visite) qui pourrait être contraire à l'intérêt véritable des enfants. Quand il examine les violations de devoirs reconnus en *equity* et qu'il accorde des redressements en *equity*, le tribunal a une vue d'ensemble de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire qui n'existe pas à l'égard des causes d'action de *common law*. Dans le contexte de la violation d'un devoir fiduciaire, ce pouvoir discrétionnaire permettrait au tribunal de refuser un redressement à une partie lésée ou d'accorder un redressement à certaines conditions si la conduite de cette partie l'a empêchée d'obtenir le redressement complet, par exemple, le non-paiement de l'obligation alimentaire à l'époux ou un abus antérieur des droits de visite. Aucun précédent ni aucun fondement historique ne prévoyaient l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire dans le cas d'une action portant sur un délit de *common law*. Le délit civil ouvrirait droit à une action peu importe la conduite injuste du demandeur.

On peut opposer que, malgré ces avantages que possède l'action pour la violation du devoir fiduciaire par rapport aux actions délictuelles que j'ai examinées, la possibilité d'avoir recours à une action serait contraire à l'intérêt véritable des enfants en raison du caractère inévitable des effets préjudiciables du contentieux sur les enfants. Dans

ed. Inter-spousal litigation may create a conflict of loyalties in the children and may also have the effect of impairing child support. But it is within the jurisdiction of the courts, particularly courts of equity, to prevent a cause of action from proceeding if there is any risk of injury to the children's interests. The interests of the children are the paramount concern. I would hold, therefore, that the cause of action for breach of fiduciary duty can proceed only if there is no risk that the support of the children will be impaired and no risk of a harmful conflict of loyalties arising in the children. The former condition may be satisfied when the children are fully grown and self-supporting or where the custodial parent has substantial assets. The latter condition may be satisfied where the relationship between the non-custodial parent and the children has been so severely damaged by the custodial parent's conduct that it is unlikely that a conflict of loyalties would occur. Accordingly, it will not be every denial of access rights that will give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty but only where a sustained course of conduct has caused severe damage to the non-custodial parent-child relationship to the detriment of both the non-custodial parent and the child.

The legislature has provided a series of remedies for the violation of the court order by the denial of access rights on specific occasions. As I have indicated earlier in the context of a common law cause of action enforcing a parental right of access, it is not open to this Court to introduce common law causes of action which the legislature did not see fit to provide in order to redress the violation of a court order. The ability of the court to introduce common law actions into areas where the legislature has intervened was recently addressed by this Court in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. In that case the plaintiff sought recognition of a new common law tort against unjustified invasion of one's interest not to be discriminated against in respect of an employment opportunity on grounds of race or national origin. The plaintiff urged that this common law

une certaine mesure, cette objection est bien fondée. Les litiges entre les époux peuvent créer un conflit de loyauté chez les enfants et peut également avoir pour effet de nuire au soutien de l'enfant. Toutefois, les tribunaux sont compétents, particulièrement les tribunaux en matière d'*equity*; pour empêcher qu'une cause d'action ne soit utilisée si l'intérêt des enfants est mis en danger. L'intérêt des enfants constitue la préoccupation principale. Par conséquent, je suis d'avis que la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire ne pourrait être utilisée que s'il n'y a aucun risque d'atteinte au soutien des enfants et aucun risque de créer un conflit préjudiciable de loyauté chez les enfants. La première condition peut être remplie lorsque les enfants sont grands et autonomes ou lorsque le parent gardien possède des moyens importants. La dernière condition peut être remplie lorsque le rapport entre le parent non gardien et les enfants a subi des dommages si graves en raison de la conduite du parent gardien qu'il est peu vraisemblable qu'un conflit de loyauté se produise. En conséquence, il ne naîtra pas à une cause d'action pour violation du devoir fiduciaire chaque fois que le droit de visite est refusé mais seulement lorsque la conduite soutenue a causé des dommages importants au rapport entre le parent non gardien et l'enfant, au détriment de ce parent et de l'enfant.

Le refus d'accorder le droit de visite à certaines occasions précises fait partie de la série de redressements que le législateur a prévu pour la violation d'une ordonnance du tribunal. Comme je l'ai indiqué précédemment dans le contexte d'une cause d'action de *common law* appliquant un droit parental de visite, il n'est pas loisible à cette Cour d'introduire des causes d'action de *common law* que le législateur n'a pas jugé utile d'accorder pour remédier à la violation d'une ordonnance du tribunal. La capacité des tribunaux d'introduire des actions de *common law* dans des domaines où le législateur est intervenu a récemment été examinée par cette Cour dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181. Dans cet arrêt, la demanderesse a cherché à obtenir la reconnaissance d'un nouveau délit civil en *common law* contre une atteinte injustifiée du droit d'une personne de ne

right of action arose directly from a breach of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, as amended. This Court denied the existence of such an action because of "the comprehensiveness of the Code in its administrative and adjudicative features, the latter including a wide right of appeal to the Courts on both fact and law" (at p. 183 *per* Laskin C.J.) Laskin C.J. noted, at p. 188, that there was "a narrow line between founding a civil cause of action directly upon a breach of a statute and as arising from the statute itself and founding a civil cause of action at common law by reference to policies reflected in the statute and standards fixed by the statute". In his view, the proposed action fell into the former category. Laskin C.J. at p. 189 also stated:

It is one thing to apply a common law duty of care to standards of behaviour under a statute; that is simply to apply the law of negligence in the recognition of so-called statutory torts. It is quite a different thing to create by judicial fiat an obligation—one in no sense analogous to a duty of care in the law of negligence—to confer an economic benefit upon certain persons, with whom the alleged obligor has no connection, and solely on the basis of a breach of statute which itself provides comprehensively for remedies for its breach.

In my view, the recognition of the existence of a cause of action for breach of fiduciary duty, limited in the way I have suggested *supra*, is in no way inconsistent with the *Seneca College* case. There are two distinguishing features which lead me to this view. First, what is being proposed in this case is a form of equitable relief. The comments made in *Seneca College* were restricted to common law relief. There is every reason to believe that it would require stronger statutory language to oust the jurisdiction of the court to grant equitable relief for an equitable wrong such as breach of fiduciary duty. As already pointed out, the exten-

pas être, en raison de sa race ou de son origine nationale, la victime de discrimination relativement à une possibilité d'emploi. La demanderesse a soutenu que ce droit de *common law* d'intenter une action découlait directement d'une violation de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, et modifications. Cette Cour a nié l'existence d'une telle action à cause de «la grande portée du Code dans ses aspects administratifs et judiciaires, ces derniers comportant un vaste droit d'appel auprès des tribunaux aussi bien sur des questions de fait que de droit» (à la p. 183, le juge en chef Laskin). Le juge en chef Laskin a fait remarquer à la p. 188 qu'il y avait «une différence subtile entre une cause d'action civile qui est fondée directement sur la violation d'une loi et qui découle de la loi elle-même et une cause d'action civile fondée sur la *common law* par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi». À son avis, l'action proposée s'inscrivait dans la première catégorie. Le juge en chef Laskin a également dit à la p. 189:

C'est une chose que de faire appliquer une obligation de diligence découlant de la *common law* aux normes de comportement prévues par une loi; il s'agit simplement là d'appliquer le droit en matière de négligence à la reconnaissance des délits civils visés par la loi. C'est tout autre chose que de créer par autorisation judiciaire une obligation—qui n'est aucunement assimilable à une obligation de diligence dans le droit en matière de négligence—de conférer un avantage économique à certaines personnes avec lesquelles le prétendu obligé n'a aucun rapport, et ce sur le seul fondement de la violation d'une loi qui, elle, prévoit de façon détaillée des recours en cas de violation.

À mon avis, la reconnaissance de l'existence d'une cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire, limitée de la manière que j'ai proposée précédemment, n'est nullement incompatible avec l'arrêt *Seneca College*. Deux caractéristiques distinctives m'amènent à adopter cette position. D'abord, ce qui est proposé dans cet arrêt c'est une forme de recours en *equity*. Les observations faites dans l'arrêt *Seneca College* se limitaient au recours de *common law*. Il y a toutes les raisons de croire qu'il faudrait un texte législatif plus précis pour écarter la compétence de la cour lui permettant d'accorder un recours en *equity* en réparation

sive statutory intervention of the legislature in the area of corporate law has not succeeded in ousting the equitable jurisdiction of the court to grant relief for breach of fiduciary duty in that context. Historically, courts of equity have even been willing to grant equitable relief supplementing statutory relief for a statutory wrong. For example, courts of equity have granted injunctions restraining the commission of certain acts even where a statute proscribes and provides remedies for the commission of those acts. This is done whenever the applicable statutory remedies are ineffective to prevent their commission and severe harm will result: *Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215, at p. 815; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121 (C.A.); *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303. I believe, therefore, that it would take clear and compelling statutory language to oust equity's broad inherent jurisdiction to give equitable relief in appropriate circumstances. No such statutory language exists in any of the legislation applicable to this case.

Second, the cause of action for breach of fiduciary duty is not founded "directly upon breach of a statute". Instead, it falls on the other side of the line drawn by Laskin C.J.—i.e., it is a cause of action existing independently of the statute founded "by reference to policies reflected in the statute and standards fixed by the statute". While the legislature's enforcement scheme is dedicated to the enforcement of the court order as such, the cause of action for breach of fiduciary duty is dedicated to the protection of the child's relationship with his or her non-custodial parent on which the court order was based. That relationship was not created by the court order. The remedy is accordingly given not for individual violations of the court order or the statute but for an entire course of conduct designed to undermine or destroy the underlying relationship which access was intended to preserve and foster.

d'un préjudice en *equity* comme la violation du devoir fiduciaire. Comme je l'ai déjà souligné, l'intervention législative approfondie du législateur dans le domaine du droit des compagnies n'a pas réussi à écarter la compétence de la cour en *equity* lui permettant d'accorder un redressement pour la violation du devoir fiduciaire dans ce contexte. Historiquement, les tribunaux d'*equity* ont même été prêts à accorder des redressements en *equity* qui complétaient les recours prévus par la loi à l'égard de violations de la loi. Par exemple, les tribunaux d'*equity* ont accordé des injonctions limitant la perpétration de certains actes même lorsqu'une loi les interdit et prévoit des redressements contre leur perpétration. C'est le cas chaque fois que les redressements applicables prévus par la loi ne sont pas efficaces pour empêcher la perpétration d'un acte et qu'il en résulte un préjudice grave: *Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraphe 1215, à la p. 815, *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121 (C.A.), *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303. Par conséquent, je suis d'avis qu'il faudrait un texte législatif clair et précis pour écarter cette large compétence inhérente d'accorder un redressement en *equity* dans des circonstances appropriées. Aucune loi applicable en l'espèce ne comporte un tel texte.

Ensuite, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire n'est pas fondée «directement sur la violation d'une loi». Elle s'inscrit plutôt dans le sens de la différence établie par le juge en chef Laskin, c'est-à-dire que c'est une cause d'action qui existe indépendamment de la loi fondée «par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi». Alors que le régime d'exécution que le législateur a prévu vise l'exécution de l'ordonnance du tribunal même, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire vise à protéger les rapports de l'enfant avec le parent non gardien sur lesquels l'ordonnance du tribunal est fondée. Les rapports n'ont pas été créés par l'ordonnance. En conséquence, le redressement est accordé non pas pour attaquer des violations individuelles de l'ordonnance du tribunal ou de la loi, mais pour attaquer un comportement général destiné à miner ou à détruire le rapport que le droit de visite devait maintenir et encourager.

Accordingly, it would be my view that the cause of action for breach of fiduciary duty should be extended to this narrow but extremely important area of family law where the non-custodial parent is completely at the mercy of the custodial parent by virtue of that parent's position of power and authority over the children. If this is a situation which for very good reason the common law is ill-equipped to handle, resort to equity is entirely appropriate so that no just cause shall go without a remedy. The breach will be actionable only when judgment recovery will not impair child support and when the non-custodial parent-child relationship has been so severely damaged by the custodial parent's conduct as to make it highly unlikely that the action brought by the non-custodial parent would be the cause of any conflict of loyalties in the children. Such a cause of action, properly tailored as only equity can do and has done in other contexts, will create a strong incentive to further the best interests of children while eliminating the more harmful effects commonly associated with inter-spousal litigation.

One word of caution may be in order. At times, a perfectly legitimate exercise by the custodial parent of his or her custodial rights or custodial obligations will result in an individual denial of access to the other parent. It is not the role of the court to review this sort of exercise of discretion with respect to the child. It is only when a sustained course of conduct designed to destroy the relationship is being engaged in that there is a breach of the duty. If and when a custodial parent comes to believe that continued access to the child by the other parent is not in the child's interests or is harmful to the child, the proper course for the custodial parent to follow is not to engage in ongoing wilful violations of the access order but to apply to the court to vary or rescind it.

(iii) *The Remedy*

The remedies normally awarded for breach of fiduciary duty are the imposition of a constructive

Par conséquent, je suis d'avis que la cause d'action pour la violation d'un devoir fiduciaire devrait être étendue à ce domaine étroit mais extrêmement important du droit de la famille dans lequel le parent non gardien est complètement à la merci du parent gardien en vertu de la position de pouvoir et d'autorité de ce parent à l'égard des enfants. S'il s'agit d'une situation à laquelle pour de très bonnes raisons la *common law* ne peut faire face, il est tout à fait approprié de recourir à l'*equity* de manière qu'aucune juste cause ne soit sans redressement. La violation ne fera l'objet d'une action que lorsque le jugement n'aura pas d'effet préjudiciable sur le soutien de l'enfant et lorsque le rapport entre le parent non gardien et l'enfant aura subi, en raison de la conduite de l'autre parent, des dommages à ce point graves qu'il est très improbable que l'action intentée par le parent non gardien soit la cause de quelque conflit de loyauté chez les enfants. Une telle cause d'action, adaptée de manière appropriée comme seul l'*equity* peut le faire et l'a fait dans d'autres contextes, créera de solides mesures incitatives pour promouvoir l'intérêt véritable des enfants tout en éliminant les effets plus préjudiciables qui sont habituellement associés aux litiges entre les époux.

Il convient de faire une mise en garde. Quelquefois, l'exercice parfaitement légitime par le parent gardien de ses droits ou obligations en matière de garde entraînera un refus isolé de permettre à l'autre parent d'exercer son droit de visite. Ce n'est pas le rôle du tribunal d'examiner ce genre d'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'enfant. Il n'y a violation du devoir que lorsqu'un parent adopte de manière continue un comportement destiné à détruire le rapport avec l'enfant. Lorsque le parent gardien croit que le maintien de l'exercice du droit de visite par l'autre parent n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ou lui cause un préjudice, la bonne chose à faire, pour lui n'est pas de violer volontairement et de manière continue l'ordonnance accordant le droit de visite mais plutôt de demander au tribunal de la modifier ou de l'annuler.

(iii) *Le redressement*

Les redressements qui sont normalement accordés dans le cas de violation du devoir fiduciaire

trust and the accounting of profits. Neither remedy is applicable here. However, equitable compensation is also an available remedy: see, for example, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.); *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.); *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), at pp. 946, 956-57; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2 N.S.W.L.R. 766 (S.C., Eq. Div.), at p. 816. The purpose of equitable compensation is to restore to the plaintiff what has been lost through the defendant's breach or the value of what has been lost.

The issue in the leading case of *Nocton v. Lord Ashburton* was the liability of the appellant's solicitor to his client, the respondent, in respect of advice given by the solicitor that the client release part of the premises comprised in a mortgage held by him. Neville J. dismissed the action but the Court of Appeal held the appellant liable in damages for deceit. The House of Lords disagreed that the solicitor was liable in tort but held that the solicitor had failed to discharge his fiduciary duty to the client. This was a matter falling within the exclusive jurisdiction of equity. Viscount Haldane explained that the Court of Chancery, being a court of conscience, "could order the defendant, not ... to pay damages as such, but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily as that in which he was before the injury".

Viscount Haldane pointed out that it was no bar to an award of equitable compensation that the plaintiff would have had a remedy in damages for breach of contract. It might be to the plaintiffs advantage to claim for compensation in equity. Viscount Haldane stated at p. 957:

My Lords, since the Judicature Act any branch of the Court may give both kinds of relief, and can treat what is alleged either as a case of negligence at common law

sont l'imposition d'une fiducie par interprétation et la comptabilisation des bénéfécies. Aucun de ces redressements ne s'appliquent en l'espèce. Toutefois, l'indemnité reconnue en *equity* est également un redressement possible: voir, par exemple, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.), *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.), *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), aux pp. 946, 956 et 957, *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2 N.S.W.L.R. 766 (S.C., Div. Eq.), à la p. 816. Le but de l'indemnité reconnue en *equity* est de remettre au demandeur ce que la violation du défendeur lui a fait perdre, ou la valeur de ce qu'il a perdu.

La question soulevée dans l'arrêt de principe *Nocton v. Lord Ashburton* portait sur la responsabilité du procureur de l'appelant envers son client, l'intimé, en ce qui a trait à un avis donné par le procureur selon lequel le client devait céder une partie de l'immeuble visé par une hypothèque qu'il détenait. Le juge Neville a rejeté l'action, mais la Cour d'appel a statué que l'appelant était responsable des dommages découlant de la tromperie. La Chambre des lords n'a pas convenu que le procureur était responsable d'un délit civil, mais a conclu qu'il ne s'était pas acquitté de son devoir fiduciaire envers le client. Il s'agissait d'une question qui s'inscrivait dans le cadre de la compétence exclusive d'*equity*. Le vicomte Haldane a expliqué que la Court of Chancery, étant le tribunal de la conscience, [TRADUCTION] «pouvait ordonner au défendeur, non pas [...] de payer les dommages-intérêts comme tels, mais de remettre des biens ou d'indemniser le demandeur en le replaçant dans une situation financière aussi bonne que celle dans laquelle il se trouvait avant le préjudice».

Le vicomte Haldane a souligné que le fait que le demandeur aurait eu un recours en dommages-intérêts pour violation de contrat n'interdisait pas qu'on lui accorde une indemnité en *equity*. Il pourrait être à l'avantage du demandeur de réclamer une telle indemnité. Le vicomte Haldane a dit à la p. 957:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, depuis la *Judicature Act*, toute division de la Cour peut accorder les deux genres de redressements et peut entendre ce qu'on allè-

or as one of breach of fiduciary duty. The judgment of Jessel M.R. in *Cockburn v. Edwards* [(1881) 18 Ch. D. 449] may, I think, really be regarded as an illustration of the latter jurisdiction. In the case with which we are dealing the statement of claim was framed mainly on the lines of breach of fiduciary duty. This was probably deliberately done in order to endeavour to get over the difficulty occasioned by the Statute of Limitations as regards any mere case of negligence in the original mortgage transaction of 1904. As a consequence fraud has been charged in the peculiar sense in which it was the practice to charge it in Chancery procedure in cases of this kind. But the facts alleged would none the less, if proved, have afforded ground for an action for mere negligence.

He then goes on to conclude at p. 957:

It was really an action based on the exclusive jurisdiction of a Court of Equity over a defendant in a fiduciary position in respect of matters which at law would also have given a right to damages for negligence.

In a learned article on "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349, the author, Ian E. Davidson, discusses the fact that the quantum of common law damages and of equitable compensation need not necessarily be the same because different principles apply. Quoting from p. 352:

Although compensation in Equity will often produce the same result as damages the common law and equitable remedies utilise different rules to achieve the similar goal of compensating a plaintiff for loss suffered. This can lead to significant differences in the ultimate awards. For example, common law damages in negligence and contract are subject to requirements of foreseeability and remoteness which are not relevant to Equity when it restores property or money lost by breach of an equitable obligation. This is brought out by the judgment of Street J. in *Re Dawson (deceased)* [(1966) 2 N.S.W.R. 211] which illustrates the different principles involved in the assessment of compensation in Equity and damages at law.

gue être soit un cas de négligence en *common law* soit un cas de violation d'un devoir fiduciaire. La décision du maître des rôles Jessel dans *Cockburn v. Edwards* [(1881) 18 Ch. D. 449] peut, à mon avis, vraiment être considérée comme l'illustration de ce dernier pouvoir.

a Dans l'affaire qui nous occupe, la déclaration a été rédigée principalement en fonction de la violation d'un devoir fiduciaire. Cela a probablement été fait de façon délibérée pour tenter de contourner la difficulté causée par la Statute of Limitations en ce qui concerne une simple affaire de négligence dans la première opération relative à l'hypothèque de 1904. Par conséquent, la fraude a fait l'objet d'une action dans le sens particulier dans lequel c'était la pratique d'intenter une accusation dans une procédure de Chancery dans les affaires de ce genre. Toutefois, les faits allégués, s'ils étaient démontrés, auraient néanmoins constitué un fondement pour une action pour simple négligence.

Il a ensuite conclu à la p. 957:

d [TRADUCTION] Il s'agissait réellement d'une action fondée sur la compétence exclusive d'un tribunal d'*equity* à l'égard d'un défendeur dans une situation de fiduciaire relativement à des questions qui, en droit, auraient donné droit à des dommages-intérêts pour négligence.

Dans un article détaillé sur «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349, l'auteur, Ian E. Davidson, discute le fait que le montant des dommages-intérêts de *common law* et de l'indemnité reconnue en *equity* ne doit pas nécessairement être le même en raison de l'application des différents principes. En le citant à la p. 352:

g [TRADUCTION] Bien que l'indemnisation reconnue en *equity* produise souvent le même résultat que les dommages-intérêts, les recours en *common law* et les recours en *equity* utilisent des règles différentes pour atteindre le but semblable qui est d'indemniser un demandeur pour le préjudice qu'il a subi. Cela peut entraîner des différences importantes dans les montants accordés. Par exemple, les dommages-intérêts de *common law* en matière de négligence et de contrat sont assujettis à des exigences relatives au caractère prévisible et à l'éloignement qui ne sont pas pertinentes en *equity* lorsqu'elle permet de recouvrer des biens ou de l'argent perdus par suite de la violation d'une obligation qui découle de l'*equity*. Cela ressort de la décision du juge Street dans *Re Dawson (deceased)* [(1966) 2 N.S.W.R. 211] qui illustre les différents principes applicables à l'évaluation de l'indemnisation reconnue en *equity* et des dommages-intérêts en *common law*.

While it is premature at this stage to consider the proper level of compensation should the appellant succeed in this case, I would think that equitable compensation would allow the appellant to recover not only his out-of-pocket expenses incurred throughout the campaign to destroy his relationship with his children but also a realistic sum for his pain and suffering which in this case would include compensation for the severe depression he suffered as a result of the respondents' conduct. In assessing the appropriate sum for "pain and suffering" some assistance may be gleaned from cases allowing recovery for "loss of guidance, care and companionship" in wrongful death actions pursuant to s. 60 of the *Family Law Reform Act*, (now s. 61 of the *Family Law Act 1986*, S.O. 1986, c. 4). In examining these cases regard should be paid to the apt comments made by J. Holland J. in *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226 (H.C.), at p. 237:

... s. 60 of the *Family Law Reform Act*, 1978 cries out for the exercise of judicial restraint in the general interest of the public in the assessment of damages consequent upon an inquiry to another as in this case. I say this because uncontrolled by such restraint the ceiling under the heading of loss of guidance, care and companionship for an award could be unlimited. Much of s. 60, as I view it, was a legislative attempt to codify the principle laid down in *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 S.C.R. 422, and enunciated once again by the Supreme Court of Canada in *Vana v. Tosta et al.*, [1968] S.C.R. 71, ... that loss of care and guidance, where a mother was killed leaving children, was a measurable pecuniary loss but that the amount to be awarded under that heading should be modest, although not merely conventional.

These comments are especially appropriate in this context where the prospect of very sizable awards may encourage unmeritorious actions possibly detrimental to the children's best interests.

Bien qu'il soit prématuré à ce stade-ci d'examiner le montant de l'indemnisation approprié si l'appellant avait gain de cause en l'espèce, je pense que l'indemnisation reconnue en *equity* permettrait à l'appellant de recouvrer non seulement les débours qu'il a subis au cours de la campagne qui visait à détruire ses rapports avec ses enfants, mais également une somme réaliste représentant sa douleur et ses souffrances qui, en l'espèce, comprendrait l'indemnisation relative à la grave dépression dont il a souffert par suite de la conduite des intimés. Les décisions accordant un recouvrement pour la «perte de conseils, de soins et de compagnie» dans des actions intentées suite au décès imputable à une faute aux termes de l'art. 60 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée (maintenant art. 61 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, chap. 4) peuvent nous aider à évaluer le montant approprié au titre «de la douleur et des souffrances». En examinant ces affaires nous devons tenir compte des observations appropriées faites par le juge J. Holland dans l'affaire *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226 (H.C.), à la p. 237:

[TRADUCTION] ... l'art. 60 de la *Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille* demande l'exercice d'une retenue judiciaire dans l'intérêt général du public dans l'évaluation des dommages-intérêts qui découlent d'une enquête à l'égard d'un autre comme en l'espèce. J'affirme cela parce que, s'il n'était pas contrôlé par cette retenue, le plafond des montants accordés sous le chef de la perte de conseils, de soins et de compagnie pourrait être illimité. À mon avis, la plus grande partie de l'art. 60 était une tentative du législateur pour codifier le principe établi dans l'arrêt *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 R.C.S. 422 et réitéré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vana v. Tosta et al.*, [1968] R.C.S. 71 [...] selon lequel la perte de soins et de conseil lorsqu'une mère était tuée, laissant des enfants, était une perte financière mesurable mais que le montant de l'indemnisation accordée sous ce chef devrait être modeste, bien qu'il ne soit pas simplement conventionnel.

Ces observations sont particulièrement appropriées dans le présent contexte où l'éventualité d'adjudication de sommes très importantes peut encourager des actions frivoles au détriment peut-être de l'intérêt véritable des enfants.

The usefulness of the remedy of equitable compensation for breach of fiduciary duty is hard to assess from the case law since the award made in many of the cases is not always identified as equitable compensation. For example, in *Seager v. Copydex, supra*, the plaintiff, while negotiating with the defendant company to market his patented carpet grip "Invisigrip", disclosed details of the grip. Later the defendant applied to patent a grip very similar to the plaintiffs using the same name "Invisigrip". Its assistant manager who had been present at the confidential interview was named as the inventor in the patent application. The Court of Appeal found the defendant liable for breach of confidence and held the plaintiff entitled to damages to be assessed by the Master on the basis of reasonable compensation for the use of confidential information. Lord Denning M.R. stated at p. 932:

It may not be a case for injunction or even for an account, but only for damages, depending on the worth of the confidential information to him [the defendant] in saving him time and trouble.

The Court made no reference to any problem in awarding damages for breach of purely equitable obligations, particularly in a case where an injunction would not be granted, nor did it refer to the inherent compensatory jurisdiction of equity which would appear to be the proper basis for the award. Nor did it discuss the inherent jurisdiction of equity to award equitable compensation when the issue of the correct basis for assessing the damages was referred back to it in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809. Davidson concludes in his article that awards of damages in cases such as *Seager* are applications of the compensatory jurisdiction of equity affirmed in *Nocton v. Lord*

L'utilité du redressement qu'est l'indemnisation reconnue en *equity* pour la violation d'un devoir fiduciaire est difficile à évaluer d'après la jurisprudence étant donné que le montant accordé dans un grand nombre d'affaires n'est pas toujours identifié comme une indemnité reconnue en *equity*. Par exemple, dans l'affaire *Seager v. Copydex*, précitée, le demandeur, tout en négociant avec la société défenderesse pour commercialiser son adhésif à tapis breveté «Invisigrip», a divulgué des détails à ce sujet. Par la suite, la défenderesse a demandé un brevet pour un adhésif très semblable à celui de la demanderesse en utilisant le même nom «Invisigrip». Son directeur adjoint qui était présent lors de l'entrevue confidentielle était désigné comme l'inventeur dans la demande de brevet. La Cour d'appel a conclu que la défenderesse était responsable de la violation d'une communication confidentielle et a conclu que la demanderesse avait le droit à des dommages-intérêts à être évalués par le protonotaire le fondement d'une indemnisation raisonnable pour l'utilisation de renseignements confidentiels. Le Maître des rôles Lord Denning a dit à la p. 932:

[TRADUCTION] Il se peut que ce ne soit pas une affaire où il faut accorder une injonction ou même une comptabilisation des bénéfices, mais seulement des dommages-intérêts, selon la valeur du renseignement confidentiel à ses yeux [la défenderesse] pour lui épargner du temps et des ennuis.

La Cour n'a mentionné aucun problème quant à l'attribution de dommages-intérêts pour violation d'obligations purement d'*equity*, particulièrement dans une affaire où une injonction ne serait pas accordée, elle n'a pas non plus mentionné la compétence inhérente d'*equity* en matière d'indemnisation qui paraîtrait être le fondement approprié de l'attribution d'un montant. Elle n'a pas non plus analysé la compétence inhérente d'*equity* pour accorder une indemnité reconnue en *equity* lorsque la question du choix du fondement sur lequel il fallait évaluer les dommages-intérêts lui a été renvoyée dans *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809. Davidson a conclu dans son article que les attributions de dommages-intérêts dans des affaires comme *Seager* sont des applications de la compétence d'*equity* en matière d'indemnisation confirmée dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*,

Ashburton although not identified by the courts as such.

4. Conclusion

The facts as pleaded in the statement of claim could, if proved, give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty. The plaintiff alleges that the defendants engaged in a course of conduct over a substantial period of time designed to defeat his access rights and destroy his relationship with his children, that they were in fact successful in so doing, and that he incurred financial loss, the loss of his relationship with his children, and damage to his psychiatric and physical health as a consequence. The action should therefore proceed to trial.

5. Disposition

I would allow the appeal, set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and of Boland J. and direct the respondents to file their statement of defence to the action within twenty days. The appellant should have his costs both here and in the courts below.

Appeal dismissed with costs, WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Osier, Hoskin, Harcourt, Toronto.

Solicitor for the respondents: Gregory Frink, Ottawa.

bien qu'elles n'aient pas été identifiées comme telles par les tribunaux.

4. Conclusion

a Les faits tels qu'ils ont été plaides dans la déclaration pourraient, s'ils étaient démontrés, donner naissance à une cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire. Le demandeur allègue que les défendeurs ont eu pendant une période importante un comportement qui avait pour but de l'empêcher d'exercer son droit de visite et de détruire les rapports qu'il entretenait avec ses enfants, qu'ils ont en fait réussi et que cela a occasionné une perte financière, la destruction de ses rapports avec ses enfants et des dommages à sa santé mentale et physique. Par conséquent, je suis d'avis que l'action vienne à audience.

5. Dispositif

d Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et du juge Boland et d'ordonner aux intimés de déposer leur défense à l'action dans un délai de vingt jours. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

e *Pourvoi rejeté avec dépens, le juge WILSON est dissidente.*

f *Procureurs de l'appellant: Osler, Hoskin, Harcourt, Toronto.*

Procureur des intimés: Gregory Frink, Ottawa.