

MARIE DESCHAMPS, J.C.A.

Me Marc-André Girard
(RICHER & ASSOCIÉS)
Procureur de l'appelant

Me Roseline Alric
Procureur de l'intimée

Me Colette Lavoie
Procureur de la mise en cause
J... S...

Me Guy Lecompte
Procureur du mis en cause
Rodrigue Blais pour la protection
de la jeunesse

Date de l'audition: Le 14 juin 1993.

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-000158-931**
(450-04-000250-919)

CORAM: LES HONORABLES VALLERAND
BROSSARD
DESCHAMPS, J.C.A.

DROIT DE LA FAMILLE - 1763

OPINION DU JUGE BROSSARD

Je partage entièrement l'opinion de ma collègue la juge Deschamps et, comme elle, je

rejetterais l'appel avec dépens.

Je serais cependant enclin à faire un pas de plus qu'elle dans l'interprétation libérale de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants.⁽¹⁾

Dans mon opinion, en effet, non seulement les termes «droit de garde» doivent recevoir une interprétation large de nature à donner son plein effet à la loi, comme ma collègue le propose, mais je crois qu'il en est de même de l'article 4 de cette même loi qui se lit comme suit:

4. Outre les cas prévus à l'article 3, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite s'il se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite au Québec ou dans l'État désigné où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue.

En l'instance, le déplacement de l'enfant des États-Unis au Québec est survenu alors que le tribunal de l'État où il doit être dit, suivant les faits de l'espèce, que l'enfant avait sa résidence habituelle, était saisi depuis le 1er février 1990, de requêtes en modification des droits de visite, et en ordonnance pour outrage au tribunal. Ces requêtes de l'intimée faisaient suite au déplacement de l'enfant par l'appelant, le 25 novembre 1989, de l'État de Maryland à l'État de Michigan, déplacement qui avait pour effet d'empêcher l'exercice par l'intimée des droits de visite qui lui avaient été accordés par jugement du 27 octobre 1988 de la Cour du Maryland.

Les tribunaux anglais, dans une instance requérant l'application de la Convention internationale de La Haye, source de notre loi, et dans laquelle les faits étaient similaires, -- (la mère avait la garde des enfants en vertu d'un jugement prononcé en France, lequel accordait des droits de visite et de sortie substantiels au père, et avait déplacé les enfants de la France à l'Angleterre) -- ont conclu qu'un tel déplacement, qui rendait le jugement intérimaire du tribunal français impossible d'exécution en ce qui concerne les droits de visite et de sortie, constituait un déplacement illicite au sens de la Convention de La Haye (E. c. F. (Minors))⁽²⁾.

Le même principe avait été émis par les tribunaux anglais, dans une affaire In re J. (ABDUCTION: WARD OF COURT).⁽³⁾ Dans cette dernière affaire, où les faits étaient similaires aux nôtres, le tribunal anglais, invoquant à la fois la théorie du «**parens patriae**» et le fait que l'enfant déplacé par le parent gardien, malgré les droits d'accès du père, avait été fait «ward of the Court» par l'institution des procédures initiales, déclarant un tel déplacement illicite, dans la mesure où il rendait impossible l'exercice par le père de ses droits de visite.

À défaut de preuve au contraire, il nous faut considérer que la loi de l'État de Maryland est identique à la nôtre. Notre Cour vient à nouveau de décider, dans l'affaire Droit de la famille - 1826⁽⁴⁾ que le changement de garde peut être la sanction des obstacles mis par le parent qui a la garde légale de l'enfant à l'exercice des droits de visite accordés à l'autre parent, lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert. L'extrait du jugement de première instance prononcé au Maryland en mars 1990 dans la présente affaire, et que cite ma collègue à la page 13 de son opinion, paraît effectivement confirmer que tel est également le droit au Maryland.

Il est clair que le déplacement de l'enfant du Maryland au Michigan, en novembre 1989, n'avait pas privé le tribunal du Maryland de sa juridiction, ce qui est confirmé par le consentement donné par l'appelant, devant ce tribunal, le premier février 1990.

Je conclus donc qu'au moment du déplacement de l'enfant par l'appelant, du Michigan au Québec, en février 1990, le tribunal du Maryland était effectivement saisi d'une procédure dont la conséquence où le résultat ultime pouvait effectivement être une modification ou un

changement du droit de garde, même si la procédure elle-même ne visait en premier lieu que l'exercice des droits de visite. Le moins que l'on puisse dire, ou qui ait pu être anticipé, est que le droit de garde dont disposait alors l'appelant était certes susceptible d'être modifié par l'imposition de conditions strictes relatives à l'exercice des droits de visite et de sortie.

Je suis donc d'opinion que l'on peut dire que, au moment du déplacement, une instance avait été introduite devant le tribunal de l'État de Maryland visant «à modifier» le droit de garde de l'appelant, au sens de l'article 4 de la loi.

Mais il y a plus. Dans la mesure où il ne fait aucun doute, dans mon esprit, que les tribunaux du Maryland avaient compétence pour juger du droit de garde relatif à l'enfant des parties au jour du déplacement de cet enfant, en février 1990, ce déplacement n'a certes pas eu comme effet, de façon immédiate et automatique, de faire perdre cette compétence au tribunal du Maryland. Il serait autrement trop facile pour un parent de déménager d'un état à l'autre afin de fuir la compétence d'un tribunal dont on craint la décision, mais qui est déjà saisi du dossier.

Le tribunal du Maryland, dans mon opinion, avait donc également la compétence d'être saisi, comme il le fut, de la demande de changement de garde présentée par l'intimée, suite à ce déplacement intempestif, et de rendre le jugement qui fut prononcé en mars 1990, et qui changeait de façon intérimaire la garde de l'enfant pour la confier à l'intimée. Et, dans la mesure où le tribunal du Maryland avait cette compétence, il me paraît que nous serions alors clairement dans un cas de «non-retour» au sens des articles 3 et 4 de la loi, constituant un déplacement illicite.

Pour ces motifs, ainsi que pour ceux invoqués par ma collègue la juge Deschamps, je conclurais donc au rejet du pourvoi.

ANDRÉ BROSSARD, J.C.A.

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-000158-931**
(450-04-000250-919)

CORAM: LES HONORABLES VALLERAND
BROSSARD
DESCHAMPS, J.J.C.A.

OPINION DE LA JUGE DESCHAMPS

L'appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour supérieure ordonnant le retour de sa fille aux États-Unis, dernier lieu de résidence habituelle de l'enfant avant son déménagement au Québec avec son père. L'ordonnance est prononcée en vertu de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants⁽⁵⁾ (Loi).

Le principal problème soulevé par le pourvoi vient du fait que tous les avocats qui ont comparu devant le juge de première instance lui ont représenté que les faits de la cause donnaient lieu à l'application de la Loi. Ces représentations ne le liaient pas puisque le droit ne peut faire l'objet d'admission. L'appelant prétend, en appel, que c'est à tort que le juge a appliqué la Loi.

Notre Cour a déjà statué qu'une partie ne peut invoquer en appel des arguments nouveaux qui nécessitent le recours à une preuve différente de celle qui a fait l'objet du débat en première instance⁽⁶⁾. Cependant, comme il s'agit d'un dossier impliquant une enfant, il ne pourrait, en tout respect pour elle, être disposé du recours en raison d'une lacune de la preuve. Le rejet du pourvoi pour un motif technique serait aussi potentiellement inéquitable pour le père qui a vu rejetée la demande de son avocate de se retirer du dossier au milieu du procès.

L'appelant soulève 13 moyens dont plusieurs, tel celui à l'encontre de la condamnation à certaines dépenses, font appel à la discrétion du juge de première instance sur laquelle il n'est pas utile de discuter longuement puisqu'on ne nous a pas fait valoir d'erreur manifeste. La substance de l'appel comporte cependant trois volets, dont le premier est le plus important. Ils peuvent être résumés ainsi:

1. La Loi ne s'applique pas aux faits de l'espèce;
2. L'enfant étant déménagée au Québec depuis plus d'un an, la défense d'intégration aurait dû être acceptée;
3. L'intérêt de l'enfant justifie le refus de l'ordonnance de retour.

Pour décider de l'appel, il est utile de relater, au moins dans ses grandes lignes, la bataille que se livrent, depuis plus de 6 ans au Maryland, lieu de résidence de la famille à l'époque, le père et la mère au sujet de leur enfant, née le 27 décembre 1982.

En novembre 1986, le père quitte la résidence familiale et laisse la garde de l'enfant à la mère. Le père se voit refuser de voir l'enfant jusqu'au 16 décembre 1986, date à laquelle il peut emmener l'enfant jusqu'au 2 janvier 1987. Le week-end suivant, la mère ne laisse pas le père voir l'enfant. Le lendemain, le père prend l'enfant à la sortie de l'école et refuse de la retourner à la mère.

Le père institue des procédures de divorce en février 1987. Signalant que le statu quo pendant l'instance doit être maintenu, un juge de la Cour de Circuit du Maryland confie la garde temporaire de l'enfant au père avec recommandation que les parents et l'enfant se soumettent à une évaluation psychologique. En juillet 1987, la Cour de Circuit ordonne une évaluation du milieu familial afin que la garde puisse être déterminée. Le 23 septembre 1987, une ordonnance est prononcée par le juge Robert Fisher de la Cour de Circuit attribuant aux parties la garde conjointe de leur enfant. L'ordonnance faisait suite à une entente et incorporait les termes suivants:

However, by giving the parties joint custody it is intended that all major decisions regarding the child's health, education and welfare shall be jointly decided between the parties and if the parties are unable to decide between themselves, then they shall seek and obtain mediation with a mediator of their choice to resolve the dispute. However, it is further provided that the child shall go to school at such places where the mother resides...

(soulignement ajouté)

En février 1988, sur requête comportant des allégations à l'effet que la mère aurait commis des actes de satanisme et des abus sexuels, un juge de la Cour de circuit du Maryland confie temporairement la garde au père, sans aucun droit de visite pour la mère. Le 25 avril 1988, des droits de visite supervisés sont accordés à la mère. Le 27 octobre 1988, après une audition contestée, le juge Fisher confie au père la garde de l'enfant sujet à des droits de visite supervisés à être réévalués en juin 1989 après que la mère se soit soumise à une thérapie. Même si les allégations d'abus sexuels étaient supportées par des expertises, le juge les qualifie de pure fantaisie et estime inconcevable que des professionnels puissent prêter quelque crédibilité aux propos de l'enfant. Le juge motive sa décision de confier la garde au père en expliquant que si l'enfant est perturbée, la mère en est la cause première.

Vers le 25 novembre 1989, le père déménage avec l'enfant au Michigan. La mère fait signifier au père plusieurs requêtes: pour modifier les droits de visite, pour outrage au tribunal, pour forcer les droits de visite et pour les augmenter. Le 1er février 1990, le père consent à ce qu'une ordonnance soit prononcée, lui enjoignant d'amener l'enfant pour une évaluation psychiatrique qui doit être préparée en vue de la preuve à être soumise à l'audition des requêtes présentées par la mère. L'entente prévoit également un échéancier de visites de l'enfant par la mère. Interrogé sur les raisons pour lesquelles il a consenti à une telle ordonnance le père dit:

R. Your Honour, I was in chock (sic) at that time. I was told that I had to say yes to all of those things. It was brought up to me very suddenly.

PAR LA COUR:

Q. Who told you that?

R. My attorney said if I didn't agree with this, that the Judge was then ready to turn over J... to her mother.

L'ordonnance est datée du 13 mars 1990, mais le père est déjà déménagé au Québec avec l'enfant le 13 février 1990, sans consulter ni prévenir la mère et sans avoir amené l'enfant à la mère pour les visites prévues à l'échéancier.

Le 22 mars 1990, la Cour de circuit du Maryland prononce une ordonnance d'outrage au tribunal contre le père.

Le 6 avril 1990, la mère présente, au Maryland, une requête pour changement de garde, requête qui est accueillie le 8 mai 1990 et portée en appel par le père. La Cour des appels spéciaux du Maryland confirme le changement de garde le 14 mai 1991. Le père n'était pas présent lors des auditions en première instance et en appel au Maryland, mais était représenté par avocat.

Le 6 mai 1991, le père présente à la Cour supérieure du district de St-François une requête pour garde d'enfant. La mère y réplique en demandant le retour de l'enfant en vertu de la Loi.

Tel que mentionné précédemment, tous les avocats des parties, en première instance, ont pris pour acquis que la Loi s'appliquait. Ce point est contesté en appel et doit être examiné en premier lieu.

1. L'application de la Loi

L'argument du père s'inspire d'une interprétation littérale de la Loi. Il plaide que la Loi ne s'applique pas puisque au moment du déménagement au Québec, le 13 février 1990, il avait, en vertu du jugement du 28 octobre 1988, la garde de l'enfant. La mère ne bénéficiait que de droits de visite. Comme la demande de retour ne peut être faite que par le parent gardien, la mère, n'ayant pas ce droit, ne peut invoquer la Loi. Il invoque plus particulièrement les premiers paragraphes des articles 1 et 3 de la Loi:

1. La présente loi a pour objet d'assurer le retour immédiat au lieu de leur résidence habituelle des enfants déplacés ou retenus au Québec ou dans un État désigné, selon le cas, en violation d'un droit de garde.

Elle a aussi pour objet de faire respecter effectivement, au Québec, les droits de garde et de visite existant dans un État désigné et, dans tout État désigné, les droits de garde et de visite existant au Québec.

3. Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite au sens de la présente loi, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à un ou plusieurs titulaires par le droit du Québec ou de l'État désigné dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, alors que ce droit était exercé de façon effective par un ou plusieurs titulaires, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Ce droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord en vigueur selon le droit du Québec ou de l'État désigné.

La position du père ne tient pas compte du fait que la Loi incorpore la Convention internationale de La Haye du 25 octobre 1980 et que le sens donné aux mots "droit de garde" n'est pas nécessairement le même que celui qui peut être prêté aux mêmes mots dans d'autres lois québécoises. L'interprétation donnée à la Loi doit tenir compte du contexte particulier de la Convention, et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, le préambule de la Loi incite à une interprétation qui favorise l'application de la Loi plutôt qu'une interprétation restrictive. Il se lit comme suit:

ATTENDU que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants vise, au niveau international, à protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites;

Attendu que cette Convention établit, dans l'intérêt de l'enfant, des mécanismes en vue de garantir le retour immédiat de ce dernier dans l'État de sa résidence habituelle et d'assurer la protection du droit de visite;

Attendu que le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention et

qu'il y a lieu de les appliquer au plus grand nombre de cas possibles;

En second lieu, comme il s'agit d'une convention destinée à être appliquée par plusieurs pays, il est souhaitable que l'interprétation soit la plus uniforme possible. Ce principe a été reconnu par les tribunaux de plusieurs des pays signataires⁽⁷⁾ et est mis en relief plus particulièrement dans l'affaire C. vs C.⁽⁸⁾. Lord Donaldson justifie ainsi ce principe:

I give a separate judgment only because I wish to emphasise the international character of this legislation. The whole purpose of such a code is to produce a situation in which the courts of all contracting states may be expected to interpret and apply in similar ways, save insofar as the national legislatures have decreed otherwise. Subject then to exceptions, such as are created by section 9 of the Act in relation to Article 16 and section 20(4) of the Act in relation to paragraph (b) of Article 10(2), the definitions contained in the Convention should be applied and the words of the Convention, including the definitions, construed in the ordinary meaning of the words used and in disregard of any special meaning which might attach to them in the context of legislation not having this international character.

De plus, le "droit de garde" est défini à la Loi et comporte une emphase particulière sur le droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant. Il est défini ainsi:

2. Au sens de la présente loi:

1° le "**droit de garde**" comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;

Il est d'ailleurs important de mettre l'accent sur l'aspect fixation du lieu de résidence puisque la Loi a pour but, tel que le prévoit explicitement le préambule, de protéger l'enfant contre un déplacement illicite. Ce qui importe surtout, aux termes de la Loi, c'est le droit, exclusif ou non, de déterminer la résidence de l'enfant. Dans C. vs C.⁽⁹⁾, Lord Donaldson l'exprime clairement:

"Custody", as a matter of non-technical English, means "safekeeping, protection, charge, care, guardianship" (I take that from the Shorter Oxford English Dictionary); but "rights of custody" as defined in the Convention includes a much more precise meaning which will, I apprehend, usually be decisive of most applications under the Convention. This is "the right to determine the child's place of residence". This right may be in the Court, the mother, the father, some caretaking institution, such as a local authority, or it may, as in this case, be a divided right -- insofar as the child is to reside in Australia, the right being that of the mother; but, insofar as any question arises as to the child residing outside Australia, it being a joint right subject always, of course, to the overriding rights of the court. If anyone, be it an individual or the court or other institution or a body, has a right to object, and either is not consulted or refuses the Convention. [Editor's note: There appears to be text missing at this point.] I add for completeness that a "right to determine the child's place of residence" (using the phrase in the Convention) may be specific -- the right to decide that it shall live at a particular address or it may be general, eg, "within the Commonwealth of Australia".

Compte tenu de ces principes, le père peut-il prétendre être le seul détenteur du droit de garde et avoir seul le droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant?

Si on retrace le cheminement tourmenté des débats judiciaires des parties, on constate que chaque fois que les droits d'accès étaient obstrués, le parent visiteur a dû s'adresser aux tribunaux. Ainsi, la toute première démarche du père, en février 1987, suivait

de près une période où il avait eu des difficultés à visiter l'enfant. Lors de l'audition au fond de la première requête pour garde, c'est une garde conjointe qui est ordonnée, avec résidence chez la mère et mention spécifique que toutes les décisions concernant le bien-être et l'éducation de l'enfant doivent être prises de façon commune. Par la suite, c'est le déménagement du père au Michigan qui provoque les requêtes de la mère pour modification des droits de visite. On constate donc que les deux parents revendiquent farouchement leur droit de visiter l'enfant et recourent aux tribunaux dès que l'autre parent entrave son droit.

L'entente du 1er février 1990 ne comporte pas de clause spécifique quant à la fixation du domicile. Il n'en demeure pas moins que si le père s'était engagé à amener l'enfant à la mère à des dates fixes et à la conduire chez un psychiatre pour une évaluation, cette entente comporte une clause nécessairement implicite interdisant le déménagement dans un lieu où les termes explicites de l'entente ne peuvent être réalisés.

De plus, tant en vertu du droit du Maryland que du droit québécois, le père n'avait plus, en déménageant au Québec, qu'un droit de garde précaire. À ce sujet, le droit des deux lieux se rejoignent. Le juge Dudley, rendant jugement en première instance au Maryland sur la requête pour changement de garde présentée par la mère en mai 1990, après avoir reçu une preuve positive sur la capacité parentale de la mère, résume ainsi le droit du Maryland:

The appropriate test for a modification of child custody order or decree in Maryland is the "substantial change of circumstances" test. The required change of circumstances must be those that affect the welfare of the child, not the parents. The burden is on the party who affirmatively seeks action by the Court in changing the custody of the minor child, to show why the Court should take that action. The best interest of the child is presumed to be a continuation of custody unless factors exist which have sufficiently adverse impact upon the welfare of the child.

In this case, Mrs. W... exercised her rights to request a revision of her restricted visitation privileges. That resulted in a temporary agreement between the parties which the Court approved and adopted and incorporated in the temporary order of March 13, 1990. In the meantime, Mr. S...'s refusal to comply with his own agreement and the Order of March 13, 1990, caused Mrs. W... to seek a change of custody. She has been denied the opportunity to complete that because Mr. S... has refused to appear and/or to produce the child. Consequently, Mrs. W... can not produce the child to help establish existing factors which may be adversely affecting the child. The evidence introduced by her would tend to establish that Mr. S..., by moving twice within brief periods, has nullified the presumed advantages of continuity and stability.

(références omises et soulignement ajouté)

Par ailleurs, un récent arrêt de notre Cour, Droit de la famille-1826⁽¹⁰⁾ fait la revue des principes devant guider un tribunal en présence d'un déménagement sans entente préalable entre les parties. La Cour y statue qu'il s'agit d'une circonstance justifiant une révision de l'ordonnance de garde pour vérifier si l'intérêt de l'enfant est protégé.

L'état d'esprit du père lors du déménagement est aussi pertinent à l'évaluation du droit qu'il avait de fixer seul le domicile. Son témoignage nous apprend qu'il a décidé de prendre en mains l'issue de la garde, en déménageant, plutôt que de risquer un jugement attribuant la garde à la mère au Maryland. C'est ainsi qu'il témoigne qu'il a consenti à mener l'enfant à une évaluation psychiatrique et à ce que la mère visite l'enfant parce qu'il croyait que s'il ne se pliait pas à de telles conditions, la garde serait transférée à la mère. On peut comprendre, de son déménagement au Québec le 13 février 1990, que le 1er septembre 1990, il ne cherchait qu'à gagner du temps et qu'il voulait se soustraire à la juridiction du lieu de résidence habituelle de l'enfant.

Il est clair que lorsque le droit de garde n'a fait l'objet d'aucune décision judiciaire ou administrative ou d'aucune entente, ou encore lorsque le droit de garde est conjoint, aucun des parents n'a le droit de fixer unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant⁽¹¹⁾. Les tribunaux ont aussi considéré que lorsque le droit de garde était soumis à une condition voulant que le parent gardien ne pouvait pas quitter la juridiction sans entente préalable avec l'autre parent, il s'agissait, en quelque sorte d'un "droit de garde" partagé au sens de la Convention de La Haye⁽¹²⁾.

Dans l'arrêt Foxman⁽¹³⁾, la Cour d'appel d'Israël a franchi un pas additionnel dans l'élargissement à donner aux mots "droit de garde" contenus à la Convention de La Haye. Dans ce cas, dans une première entente, les parties avaient convenu que les deux parents devraient se consulter mutuellement sur tout changement majeur ou événement inusité qui pourrait être controversé. Cette entente avait été modifiée ultérieurement à l'occasion d'une révision des droits de visite et la clause de consultation n'avait pas été reproduite dans la nouvelle entente. La mère avait cependant, avant son déménagement, consulté un rabbin désigné à l'entente comme consultant. La Cour a considéré que la condition relative à la consultation était implicitement reconduite à l'entente ultérieure et a conclu que le père était, au sens de la Convention de La Haye, un parent gardien.

Dans le cas présent, il existe une entente préalable, celle du 23 septembre 1987, prévoyant que les questions relatives au bien-être et à l'éducation de l'enfant devaient être prises en commun. On peut facilement croire que si les intentions du père avaient été prévues ou connues, cette condition du droit de garde de l'entente du 23 septembre 1987 aurait été reprise le 1er février 1990.

La chronologie des faits menant à la conclusion de l'entente du 1er février 1990 de même que les termes de cette entente invitent à la même extension que celle adoptée dans Foxman de façon à considérer comme implicite l'obligation faite au père de consulter la mère avant de quitter le pays d'origine.

Les principes généraux d'application de la Loi, tels qu'explicités ci-haut, et principalement ceux visant à une application au plus grand nombre de cas possible pour favoriser le retour à la juridiction d'origine, couplés avec le contexte factuel particulier du présent dossier permettent de conclure que la mère était investie d'un droit de garde, au sens de la Loi, lui donnant qualité pour demander le retour de l'enfant au Maryland.

Le père fait grief au juge de première instance de ne pas avoir autorisé son avocate à se retirer du dossier. Il se plaint que cette décision l'a privé du droit à une représentation pleine et entière.

Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en suis venue au sujet de l'application de la Loi, il est difficile d'évaluer en quoi le père a été privé de quelque défense que ce soit. Son avocate avait pris pour acquis que la Loi s'appliquait parce que les droits de visite de la mère avaient été rendus plus difficiles. Même si je ne crois pas que la simple difficulté qu'aurait un parent gardien d'exercer ses droits de visite constitue une qualité suffisante pour demander le retour d'un enfant dans son pays d'origine, le père n'a pas été privé de faire valoir ses moyens car les représentations de son avocate ne l'ont pas empêché de présenter la preuve pertinente sur les autres points dont le juge avait à décider. De plus, n'ayant pas renoncé au bénéfice du secret professionnel, comme c'est son droit, je ne peux voir comment la décision l'a préjudicié. Le rejet de la requête pour cesser d'occuper est une décision bien motivée en faits et en droit.

2. L'enfant étant déménagée au Québec depuis plus d'un an, la défense d'intégration aurait dû être acceptée

Ayant décidé que la Loi s'appliquait, le juge de première instance s'est interrogé sur les différents aspects qu'il devait considérer pour décider si une ordonnance de retour devait être prononcée. À cet effet l'article 20 de la Loi dicte ce qui suit:

20. Lorsqu'un enfant qui se trouve au Québec a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant la Cour supérieure, celle-ci ordonne son retour immédiat.

Même si la demande est introduite après l'expiration de cette période, la Cour supérieure ordonne également le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que ce dernier s'est intégré dans son nouveau milieu.

Comme l'enfant était au Québec depuis le 13 février 1990 et que la demande de la mère est introduite en avril 1991, le second paragraphe trouvait application et le juge de première instance a entendu une longue preuve sur l'intégration de l'enfant.

Le père soutient en appel la même position que celle qu'il a plaidée en première instance. Selon lui, l'intégration de l'enfant doit être décidée en fonction de son adaptation au milieu et non en fonction d'une évaluation de son état psychologique ou psychiatrique. Il représente que l'enfant est intégrée à la maison, à l'école, avec ses voisins et amis, dans des activités sportives et parascolaires et qu'il s'agit là des seuls éléments à considérer pour donner effet à l'article 20 de la Loi.

Le père interprète la Loi de façon trop littérale. Le juge de première instance a, avec raison à mon avis, considéré que l'intégration d'un enfant va au-delà des manifestations apparentes révélées par les activités de l'enfant puisqu'il peut ne s'agir que d'une réalité superficielle masquant de grandes carences. À l'examen, dans le cas présent, ces carences s'avèrent manifestes, et ce, de l'avis de tous les experts qui ont témoigné. Voici comment le juge de première instance a évalué la preuve d'intégration:

I believe, like Dr. Van Gijseghen said, that this child has a false-self, that she is in a straight jacket about to crack open.

I also believe, like Underwager, Marquette and Van Gijseghen said, that this child is on a sure road to mental illness, perhaps sooner than we think and that the damage is done.

...

It is obvious that in any child abduction, morally justified or not, there is a psychological imbalance in every child whose estranged parent is depicted as wicked. However, this case is so bad, that in all conscience, I believe, even if this child is physically as free as a bird that she lives in a subtle psychological jail weaved by a sincere and very intelligent father.

I have to conclude that this child has been alienated and is in psychological danger and she cannot be settled within the meaning of that term as used in article 20 of the Civils Aspects law. A sound mind is a most precious thing and the state of mind is a factor to consider no matter the length of time she spent here, when a court has to decide if a child is settled in a new environment and if she is expressing herself freely.

Cette évaluation fait appel à un critère psychologique pour l'application de l'article 20 de la Loi, et sur cet aspect, je ne vois aucune erreur de droit. Quant au reste, il s'agit d'une appréciation de la preuve sur laquelle il n'y a pas lieu d'intervenir.

3. L'intérêt de l'enfant justifie le refus de l'ordonnance de retour

Le père prétend que le juge de première instance n'a pas tenu compte de l'intérêt de l'enfant. Il prend appui sur les articles 21, paragraphe 2 et 22, paragraphe 1 de la Loi. Ces paragraphes se lisent comme suit:

21. La Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque celui qui s'oppose à son retour établit:

...

2° qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable.

22. La Cour supérieure peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant:

1° si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion;

...

Relativement au témoignage de l'enfant dont le juge pouvait tenir compte en vertu de l'article 22 de la Loi, je ne crois pas qu'il soit du domaine de la Cour d'appel d'intervenir. Il s'agit d'une pure question de crédibilité. Le juge de première instance n'a pas jugé ce témoignage digne de foi. En cela, il s'inscrivait dans la foulée des évaluations des experts qu'il a lui-même entendus et de ceux qu'a entendus le juge Fisher en 1988. Le témoignage de l'enfant n'est pas transcrit et nous n'avons aucun élément qui nous permette de conclure qu'il y a erreur manifeste du premier juge.

En ce qui a trait au danger psychique auquel l'enfant pourrait être exposé s'il était retourné et qui pourrait, en vertu de l'article 21, constituer un motif de refus d'ordonnance de retour, un commentaire plus nuancé s'impose.

En effet, le juge de première instance insiste, dans son jugement, pour dire qu'il s'appuie fortement sur les témoignages des experts pour soutenir sa conclusion. Cependant, en prononçant une ordonnance de retour, en pratique, il applique une théorie controversée suggérée par l'expert entendu à la demande de la mère, le docteur Ralph Underwager. Cet expert n'a vu ni le père, ni l'enfant. La recommandation du docteur Underwager a été sévèrement critiquée par l'expert nommé à l'enfant par la Cour supérieure, le docteur Hubert Van Gijseghe. Voici comment ce dernier commente la recommandation du docteur Underwager:

Mais pour revenir maintenant aux recommandations du Dr. Underwager. Je vais essayer d'organiser ma pensée aussi clairement que possible en étape. Le professeur Underwager ayant probablement observé à peu près les mêmes impossibilités que moi, il propose sa théorie de l'implosion qui est un genre d'intervention radicale brusque et draconienne pour mettre un individu en contact avec qui jusque là est comme impossible quoi, l'implosion. Avec l'idée que dans ce contact les peurs et les craintes et toutes les difficultés intra-psychiques reliées à cet objet, la mère dans ce cas, face à ce genre d'implosion, c'est-à-dire s'écroulent. Dr. Underwager a donné l'exemple d'une phobie du "lift", de l'ascenseur. Personnellement, au départ, je ne suis pas de cette école, pas plus dans un contexte comme celui-ci que dans un contexte par exemple de phobie comme telle. C'est sûr que cette théorie est qui n'est pas seulement la sienne, elle est aussi prônée par d'autres experts américains. Cette théorie est inspirée par l'approche qu'on appelle le behaviorisme et moi j'ai de la difficulté au départ avec cette approche là puisque je la trouve trop brutale, puisque aussi cette action, cette intervention fait totalement fi du sens qu'a un symptôme ou un phénomène psychique pour l'individu qui est porteur de ce symptôme. Je donne l'exemple que le Dr. Underwager a donné, la phobie de l'ascenseur. Je l'ai bien entendu expliqué comment il ferait

avec cet individu là, il ferait sept, huit "ups and downs" avec cet individu là, jusqu'au moment où la peur s'effrite. Je connais cette intervention là. Toutefois, on ne peut pas autrement que se dire au départ, que cette peur a un sens. Juste interférer avec cette peur par un genre d'intervention, d'intrusion extérieure, tu vas monter avec moi sept ou huit fois, cela ne s'occupe aucunement de ce sens, pourtant ce sens y est, ce n'est pas pour rien qu'à un moment donné un individu a développé une phobie des ascenseurs. Je trouve que ce genre d'intervention fait donc trop fi du sens que cela a pour un individu et fait donc violence, c'est un genre de, excusez le terme, c'est un genre de viol du psychisme de celui qui subit ce genre d'intervention là. Je dirais également que cet implosion là, ce transfert total, semble être un chambardement absolument total dans le psychisme d'un enfant, d'une grande personne quant à cela, je ne suis pas sûr que ce chambardement total et aussi radical soit ou puisse être vraiment au bénéfice de l'enfant. Je suis peut-être d'une école un petit peu plus traditionnelle, mais j'ai quand même encore confiance dans quelque chose qui est plus graduel et qui est plus respectueux pour le psychisme d'un enfant ou d'un individu. Deuxièmement. Deuxièmement, je connais bien les différentes instances dans lesquelles un transfert total comme Dr. Underwager l'a proposé, a été essayé et en autant que je sache, je peux me tromper, mais en autant que je sache, c'est quelque chose qui a été surtout prôné par "Richard Gardner" par exemple. En autant que je sache, cela a été toujours proposé et accepté dans des cas où il y avait une aliénation parentale frauduleuse. C'est-à-dire dans des cas où un parent de mauvaise foi, faisait un genre de lavage de cerveau auprès de l'enfant pour qu'il désavoue l'autre parent. Dans ce cas-ci, je ne vois pas ça du tout. Je ne trouve pas qu'il y a quelque chose de frauduleux dans l'attitude de Monsieur. C'est évident qu'il y a une situation d'aliénation parentale, ça pour moi c'est clair. La situation d'aliénation parentale existe et pourtant je trouve, je crois sincèrement, après avoir entendu tout ce que j'ai entendu et après avoir fait l'évaluation de Monsieur, que Monsieur est de bonne foi.

Cette théorie, dite de "l'implosion" est clairement rejetée par le docteur Van Gijseghe. On comprend difficilement, devant ce témoignage clair, comment le premier juge peut dire que le docteur Van Gijseghe n'est pas expressément contre le retour immédiat de l'enfant. Ce dernier avait recommandé que l'enfant soit placé, en période de transition, dans un milieu neutre, pour que l'enfant soit, selon son expression, décontaminé. Selon lui, les visites devaient être gérées par un tiers, chacun des parents ayant un droit de visite égal.

Cette lacune dans le jugement de première instance est cependant couverte par le déroulement subséquent des procédures. En effet, le juge de première instance avait assujéti l'exécution de son jugement à une condition particulière. Il avait prévu que le père se pourvoierait en appel. La conclusion particulière se lisait comme suit:

PENDING A CONTRARY ORDER BY OUR COURT APPEAL, THE PRESENT JUDGMENT WILL BE EXECUTORY FRIDAY, JANUARY 15 AT 5 h 00 P.M. NOTWITHSTANDING ANY APPEAL. I ask all officers of this province and this country to take the proper steps to help the mother cross the border with her child.

In the mean time, the child will be under the care and custody of the Youth Protection Agency for the next days, due to the extreme danger of another displacement by the father who will be able in that delay to ask our Court of Appeal for a stay of proceedings or any motion he wishes to ask.

Le père s'est prévalu de son droit d'appel et a demandé à ce que l'exécution provisoire soit suspendue. Le juge Proulx, de notre Cour a, le 15 janvier 1993, maintenu un statut provisoire pour l'enfant, dans un milieu neutre. Les conclusions pertinentes de l'ordonnance du juge Proulx se lisent comme suit:

A) that the child J... continues to be under the due care of the Quebec Youth Protection Agency and placed in a foster home or in any suitable place to be determined by the Agency;

- B) that the contacts between the child and her parents, as well as the visits by the parents be supervised by the Agency;
- C) that proper arrangements be made by the Agency to allow the child to go back to school;
- D) that proper medical care be given to the child;

En somme, les recommandations de l'expert Van Gijseghe auront été mises en application, et, par coïncidence, les délais inhérents à l'audition et au jugement de la Cour correspondent aux paramètres suggérés par l'expert. Je suis donc satisfaite que l'intérêt de l'enfant ne justifie pas, à ce point, notre intervention.

Par ces motifs, je propose de rejeter l'appel, avec dépens.

MARIE DESCHAMPS, J.C.A.

-
1. L.R.Q. Chap. A-23.01.
 2. [1989] Fam. (Law Reports, Family Division) (England) p. 1.
 3. [1989] Fam. (Law Reports, Family Division) (England) p. 85.
 4. J.E. 93-1294 .
 5. L.R.Q. Chap. A-23.01;
 6. Équipements Lefco Inc. c. Roche Inc., C.A.Q. 200-09-000503-893, 1992-11-11, J.E. 93-48 , Hamel c. Cie Trust Royal, [1990] R.J.Q. 2178 et Gilles Dorval c. Garage Guy Beaudoin Inc., C.A.Q. 200-09-000539-764, 1981-01-14;
 7. Voir la décision de Foxman vs Foxman de la High Court of the Civil Appeals Court d'Israël du 19 novembre 1992 (C.A. 527/92) et les décisions dont il y est fait mention;
 8. [1989] 1 WLR 654, aux pages 663 et 664;
 9. Supra note 5;
 10. C.A.Q. 200-09-000755-923, 3 juin 1993, J.E. 93-1294 , aux pages 18 et 19;
 11. Droit de la famille-1694, [1992] R.J.Q. 2927 (C.S.); Droit de la famille-1527, [1992] R.D.F. 58 (C.S.) porté en appel en 1991 sous le numéro 500-09-002006-914, dossier d'appel inactif; Droit de la famille-1427, [1991] R.J.Q. 2252 (C.S.);
 12. Droit de la famille-1347, [1990] R.D.F. 595 (C.S.) (confirmé en appel);
 13. Supra note 3.