

- [Accueil](#) |
- [Services aux citoyens](#) |
- Trouver une décision

## COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-002645-968**  
(700-04-001386-967)

Le 27 septembre 1996

CORAM: LES HONORABLES LeBEL  
CHAMBERLAND  
FORGET, J.J.C.A.

DROIT DE LA FAMILLE - 2454

LA COUR, statuant sur le pourvoi de l'appelante contre un jugement de la Cour supérieure, prononcé le 17 mai 1996, dans le district de Terrebonne, par monsieur le juge Roger E. Baker, accueillant sans frais la requête de l'intimé selon les articles 18 et suivants de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q. c. A-23.01 et ordonnant le retour des enfants en Californie;

Après étude du dossier, audition des parties et délibéré;

Pour les motifs exprimés dans l'opinion du juge Jacques Chamberland, annexée au présent arrêt, et auxquels souscrit le juge André Forget:

**REJETTE** le pourvoi, sous réserve d'une part, d'**AJOUTER** aux conditions dont le juge de première instance a assorti son ordonnance les deux conditions suivantes:

i) l'intimé Y... D... paiera le coût de billets d'avion des enfants vers la Californie;

ii) l'appelante J... B... habitera la résidence familiale, avec les enfants, à l'exclusion de l'intimé et aux frais de ce dernier, tant que le tribunal de la Californie n'aura pas vidé le fond de la question relative au droit de garde;

et, d'autre part, de **PRÉCISER** que le retour des enfants à C..., Californie, devra s'effectuer au plus tard 15 jours suivant la date du présent arrêt.

Le tout, chaque partie payant ses frais en appel.

Le juge Louis LeBel, pour les motifs exprimés dans son opinion, également annexée au présent arrêt, était d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser le jugement de première instance et de rejeter la requête pour renvoi, mais sans frais, vu les circonstances de l'affaire.

LOUIS LeBEL, J.C.A.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

ANDRE FORGET, J.C.S.

Me André Champagne  
(Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot)  
Procureur de l'appelante

Me Teresa Raimo (Me Linda Hammerschmid)  
Procureure de l'intimé

Date d'audition : 19 septembre 1996

**COUR D'APPEL**

PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

No : **500-09-002268-969**  
(700-04-001386-967)

Le 27 septembre 1996

CORAM : LES HONORABLES LeBEL  
CHAMBERLAND  
FORGET, J.C.A.

**DROIT DE LA FAMILLE - 2454**

\_\_\_\_\_ **LA COUR**, statuant sur le pourvoi de l'appelant contre un jugement de la Cour supérieure, prononcé le 22 février 1996, dans le district de Terrebonne, par monsieur le juge Roland Durand, rejetant avec dépens sa requête en exception déclinatoire;

Après étude du dossier, audition des parties et délibéré;

Pour les motifs exprimés dans l'opinion du juge Jacques Chamberland, annexée au présent arrêt, et auxquels souscrit le juge André Forget;

**ACCUEILLE** le pourvoi à la seule fin d'**ORDONNER** un sursis des procédures accessoires à la demande en séparation de corps, singulièrement des procédures relatives à la garde des enfants, tant que le tribunal de la Californie saisi des mêmes questions dans le cadre des procédures en divorce n'en aura pas décidé.

Le tout, chaque partie payant ses frais en appel.

Le juge Louis LeBel, pour les motifs exprimés dans son opinion, également annexée au présent arrêt, était d'avis de rejeter le pourvoi, sans frais.

LOUIS LeBEL, J.C.A.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

ANDRE FORGET, J.C.S.

Me Teresa Raimo (Me Linda Hammerschmid)  
Procureure de l'appelant

Me André Champagne  
(Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot)  
Procureur de l'intimée

Date d'audition : 19 septembre 1996

**COUR D'APPEL**

PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

No : **500-09-002645-968**  
(700-04-001386-967)

CORAM : LES HONORABLES LeBEL  
CHAMBERLAND  
FORGET, J.C.A.

**DROIT DE LA FAMILLE - 2454**

**DROIT DE LA FAMILLE - 2454**

OPINION DU JUGE CHAMBERLAND

J... B... et Y... D... se sont mariés à Montréal le 9 septembre 1989; ils sont tous les deux citoyens canadiens, quoique monsieur D... soit Égyptien de naissance. Le couple B...-D... a eu 2 enfants, L..., née le 16 septembre 1990 et K..., né le 20 septembre 1992. À la fin de l'été 1992, confrontés à d'importantes difficultés financières, les parties forment le projet de quitter le Québec et de s'établir en Californie, «temporairement» dit madame, «définitivement» dit monsieur.

Le 31 décembre 1992, les autorités américaines délivrent des visas, valables pour 3 ans, pour tous les membres de la famille. Monsieur quitte immédiatement en compagnie du frère de madame B..., à bord d'un camion dans lequel le couple a entassé tous les meubles du ménage; madame le rejoint en Californie, avec les enfants, à la mi-janvier 1993. Les parties ne laissent rien derrière elles au Québec, sinon leur famille.

En août 1995, madame obtient un permis de travail des autorités américaines et décroche un emploi d'infirmière. En décembre 1995, monsieur visite sa sœur en Colombie-Britannique, en compagnie des enfants, et obtient une prolongation de son visa de séjour et de celui des enfants.

Entre-temps, les relations entre les parties se sont considérablement détériorées.

Le 18 janvier 1996, madame, à l'insu de son mari, revient au Québec avec les enfants.

C'est le début des procédures judiciaires.

Le 23 janvier 1996, monsieur institue des procédures de divorce en Californie.

Le 25 janvier 1996, le juge James W. Stewart, de la Superior Court of California, émet une ordonnance interdisant aux parties de déplacer les enfants hors des États-Unis; il ajourne l'affaire au 6 février 1996 pour une audience d'urgence, précisant que la garde des enfants sera confiée au père si la mère et les enfants sont absents lors de cette audience.

À la même époque, madame intente des procédures en séparation de corps au Québec; les procédures seront signifiées à monsieur, en Californie, lors de l'audience du 6 février devant le juge Stewart.

Dans une décision datée du 7 février, le juge James W. Stewart note l'absence de madame à l'audience et la présence d'un avocat californien la représentant aux seules fins de contester la compétence du tribunal. Le juge Stewart décide que les tribunaux californiens sont compétents pour entendre l'affaire. Il indique que les parties se sont mutuellement accusées de plusieurs maux, accusations qui mériteront d'être examinées de plus près dans le cadre du débat concernant la garde des enfants; il ordonne à madame d'être présente devant le tribunal, avec les enfants, le 7 mars pour une évaluation d'urgence, précisant que «[t]he mother's flight to Canada shall not be the basis of an immediate change of custody for that reason alone so long as the mother cooperates with this Court». La loi de la Californie prévoit, les deux parties s'entendent sur ce point, que le père et la mère exercent conjointement, sauf si un tribunal en décide autrement, la garde de leurs enfants mineurs.

Le 8 février, au Québec, dans le cadre des procédures en séparation de corps, la Cour supérieure confie la garde provisoire des enfants à madame jusqu'au 15 février puis, le 15 février, jusqu'au 22 du même mois.

Le 22 février, la Cour supérieure est saisie, outre la requête de madame pour mesures provisoires, d'une requête en exception déclinatoire présentée par monsieur, ce dernier invoquant que madame n'a ni domicile, ni résidence au Québec; que leur domicile est en Californie; que la Cour de Californie s'est reconnue compétente pour entendre les parties et qu'elle a d'ailleurs ordonné à madame d'y être présente, avec ses enfants, le 7 mars pour que le problème des mesures d'urgence y soit débattu.

Le juge Durand rejette la requête de monsieur, avec dépens, et procédant sur l'autre requête, accorde la garde des enfants à madame mais «vu l'absence de l'intimé, l'autorise à présenter une requête en modification lui-même, s'il le veut». Le juge se dit d'avis que les parties n'ont pas établi leur domicile en Californie, leur séjour dans cet état américain ne devant être que temporaire. Le juge ajoute foi à la crainte de madame que monsieur abuse de sa fille L...; dans ce contexte, il estime que le retour des enfants en Californie risque de les exposer à un danger physique ou psychique. Finalement, le juge croit madame lorsqu'elle affirme craindre que, si les enfants retournent en Californie, monsieur les enlèvera pour les amener en Égypte, son pays d'origine. Le 25 avril, un juge de cette Cour permettait à monsieur d'en appeler de ce jugement (pourvoi no 500-09-002268-969).

Le 7 mars, le juge Stewart, au terme d'une audience à laquelle madame n'assiste pas, bien qu'elle y soit représentée par son avocat californien, confie à monsieur la garde «legal and (...) physical» des deux enfants.

Le 3 mars, monsieur D... entreprend des démarches auprès des autorités américaines responsables de l'application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants sur le territoire des États-Unis. Le 14 mars, l'avocate québécoise de monsieur D... signe une requête en vertu des articles 18 et suivants de la Loi (québécoise) sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants. Essentiellement, monsieur soutient que madame, à son insu, a déplacé les enfants vers le Canada alors qu'en vertu des lois de la Californie, où les enfants avaient leur résidence habituelle, les parents exercent la garde conjointe de leurs enfants. Pour diverses raisons, ce n'est que le 17 mai que la Cour supérieure est saisie de cette requête; au terme de l'audience, le juge Baker fait droit à la requête.

Le juge note que trois des quatre conditions requises pour conclure à l'application de la loi ne sont pas contestées (les enfants sont âgés de moins de 16 ans, la Californie est un état désigné, monsieur avait un droit de garde sur les enfants à la date de leur déplacement); reste la quatrième, soit le lieu de la résidence habituelle des enfants, au 18 janvier 1996. Le juge de première instance conclut que la résidence habituelle des enfants, à cette date, était en Californie. À son avis, le déplacement des enfants le 18 janvier 1996 est donc un «déplacement illicite» au sens de la loi; il ordonne le retour des enfants en Californie, étant d'avis que madame n'a pas prouvé que les enfants seraient ainsi exposés à un risque grave de danger physique ou psychique.

Le 24 mai 1996, madame interjetait appel de ce jugement (pourvoi no 500-09-002645-968). Le même jour, un juge de la Cour suspendait provisoirement l'exécution de ce jugement, à certaines conditions, jusqu'au 19 septembre 1996, date de l'audience devant cette Cour.<sup>(1)</sup>

Je traiterai successivement du déplacement illicite et de l'exception déclinatoire, le sort de la seconde dépendant dans une large mesure du sort de la première.

### **Le déplacement illicite (pourvoi no 500-09-002645-968)**

Madame B... invoque deux motifs au soutien de son pourvoi:

- le juge de première instance s'est trompé en concluant que les enfants avaient leur «résidence habituelle» en Californie le 18 janvier 1996;
- le juge de première instance s'est trompé en concluant qu'il était dans l'intérêt des enfants de retourner en Californie.

Quant au premier motif, l'appelante plaide que les enfants avaient peut-être leur résidence «temporaire» en Californie, mais certainement pas leur résidence «habituelle» puisque, dès avant le départ de la famille du Québec, il était entendu qu'ils y reviendraient dans 3 ans, tout au plus. Elle plaide que l'intimé a changé les règles du jeu en décidant maintenant de faire de la Californie le lieu de «résidence habituelle» de la famille. L'appelante nous invite à aller au-delà du texte de la loi et à rechercher l'intention du législateur afin de conclure que la loi ne vise pas des cas comme celui-ci.

L'intimé plaide que la question de la «résidence habituelle» des enfants au moment de leur déplacement est une question de faits qu'un tribunal d'appel doit laisser à l'appréciation du premier juge, à moins d'une erreur manifeste de sa part, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les mots «résidence habituelle» doivent recevoir leur sens ordinaire sans égard à l'intention des parents.

À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que la Californie était le lieu de la «résidence habituelle» des enfants B...-D..., le 18 janvier 1996, quand leur mère les a ramenés au Québec.

La Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q. c. A-23.01 (la Loi), est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1985; son objet est d'assurer l'application au Québec de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (la Convention). C'est donc à la lumière des objectifs et de la philosophie de cette Convention qu'il nous faut analyser les dispositions pertinentes de la Loi et les appliquer aux circonstances de l'espèce. Le Canada a adhéré à la Convention dès qu'elle fut ouverte à la signature, le 25 octobre 1980; le 23 décembre 1981, ce fut au tour des États-Unis d'Amérique.

La Convention étant un traité international, il faut se mettre en garde pour ne pas donner aux concepts qu'elle véhicule une interprétation qui s'éloignerait de l'interprétation généralement reconnue par la communauté internationale, de crainte, bien évidemment, d'en diminuer l'efficacité au détriment, à plus ou moins long terme, de ceux qu'elle vise à protéger, les enfants. La solidarité internationale en matière de protection des enfants commande une interprétation relativement uniforme de la Convention partout dans le monde. C'est dans cette optique que j'accorderai beaucoup d'importance au Rapport explicatif de la Convention préparé par madame le professeur Elisa Pérez-Vera (le rapport Pérez-Vera) et que je me permettrai d'en citer de larges extraits.

Les dispositions de la Convention et de la Loi pertinentes à l'analyse du présent pourvoi sont les suivantes:

### **La Convention**

[Préambule]

Les Etats signataires de la présente Convention.

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde.

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite.

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes:

*Article premier*

La présente Convention a pour objet:

*a* d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant:

*b* de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

### *Article 3*

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

*a* lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et

*b* que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en *a* peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

### *Article 4*

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans.

### *Article 5*

Au sens de la présente Convention:

*a* 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;

*b* le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

#### *Article 11*

Les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'Etat requis, cette Autorités doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'Etat requérant ou, le cas échéant, au demandeur.

#### *Article 12*

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 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 l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

#### *Article 13*

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit:

*a* que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou



*b* 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.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant 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.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

#### *Article 14*

Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

#### *Article 19*

Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.

#### *Article 20*

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

### **La Loi**

[Préambule]

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 possible;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

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.

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;

2° le «**droit de visite**» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle;

3° «**État désigné**» signifie un État, une province ou un territoire, désignés suivant l'article 41.

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.

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.

18. Pour obtenir le retour forcé d'un enfant, le ministre de la Justice ou celui qui prétend qu'il y a eu une violation du droit de garde doit s'adresser par requête à la Cour supérieure du lieu où se trouve l'enfant ou de tout autre lieu approprié dans les circonstances.

Cette demande obéit aux règles prévues au Code de procédure civile (chapitre C-25) comme s'il s'agissait d'une demande fondée sur le Livre II du Code civil du Québec, dans la mesure où ces règles ne sont pas incompatibles avec la présente loi.

19. Toute demande judiciaire relative au retour d'un enfant bénéficie de la préséance prévue à l'article 861 du Code de procédure civile (chapitre C-25) pour les demandes d'*habeas corpus*.

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.

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

1° que celui qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou

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;

2° si ce retour est contraire aux droits et libertés de la personne reconnus au Québec.

**23.** Dans l'appréciation des circonstances visées aux articles 21 et 22, la Cour supérieure doit notamment tenir compte des informations, fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État désigné où l'enfant a sa résidence habituelle, concernant la situation sociale de cet enfant.

**25.** Après avoir été informée qu'un enfant a été déplacé ou est retenu illicitement au Québec, la Cour supérieure ne peut décider de la garde de cet enfant si les conditions prévues par la présente loi pour le retour de l'enfant peuvent être satisfaites ou si une demande de retour peut être présentée dans un délai raisonnable.

**26.** Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue au Québec ne peut justifier le refus d'ordonner le retour de l'enfant, mais la Cour supérieure peut prendre en considération les motifs de cette décision qui sont pertinents à l'application de la présente loi.

**27.** Lorsque la Cour supérieure n'a pas statué dans un délai de six semaines à compter de l'introduction d'une demande judiciaire, le ministre de la Justice indique, s'il en est requis par le demandeur ou l'Autorité centrale requérante, les raisons justifiant ce retard.

**30.** Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la présente loi n'affecte pas le fond du droit de garde.

Les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé en matière d'enlèvement international d'enfants et l'adoption de la Convention, quelques années plus tard, témoignent de l'étendue de ce problème à l'échelle du globe (sur l'historique de la Convention, voir ce qu'écrivait le juge La Forest dans Thomson c. Thomson, [1994] 3 R.C.S. 551, aux pages 575 à 577).

Le rapport Pérez-Vera décrit ainsi le problème auquel répond la Convention, au paragraphe 15:

15 En conclusion, nous pouvons affirmer que le problème dont s'occupe la Convention - avec tout ce qu'implique de dramatique le fait qu'il concerne directement la protection de l'enfance dans les relations internationales - prend toute son acuité juridique par la possibilité qu'ont les particuliers d'établir des

liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire. En effet, par ce biais, le particulier peut altérer la loi applicable et obtenir une décision judiciaire qui lui soit favorable. Certes, une telle décision, surtout quand elle coexiste avec d'autres décisions de contenu contradictoire rendues par d'autres fors, aura une validité géographiquement restreinte, mais en tout état de cause elle apportera un titre juridique suffisant pour «légaliser» une situation de fait qu'aucun des systèmes juridiques en présence ne souhaitait.

et les objectifs que la Convention vise, aux paragraphes 16 et 17:

16 Les objectifs de la Convention, qui apparaissent dans l'article premier, pourraient être résumés comme suit: étant donné qu'un facteur caractéristique des situations considérées réside dans le fait que l'enleveur prétend que son action soit légalisée par les autorités compétentes de l'Etat de refuge, un moyen efficace de le dissuader est que ses actions se voient privées de toute conséquence pratique et juridique. Pour y parvenir, la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du *statu quo*, moyennant le «retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant». Les difficultés insurmontables rencontrées pour fixer conventionnellement des critères de compétence directe en la matière ont en effet conduit au choix de cette voie qui, bien que détournée, va, dans la plupart des cas, permettre que la décision finale sur la garde soit prise par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement.

17 D'ailleurs, bien que l'objectif exprimé au point *b*, «faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant», présente un caractère autonome, sa connexion téléologique avec l'objectif «retour de l'enfant» n'en est pas moins évidente. En réalité, on pourrait estimer qu'il ne s'agit que d'un seul objectif considéré à deux moments différents: tandis que le retour immédiat de l'enfant répond au désir de rétablir une situation que l'enleveur a modifiée unilatéralement par une voie de fait, le respect effectif des droits de garde et de visite se place sur un plan préventif, dans la mesure où ce respect doit faire disparaître l'une des causes les plus fréquentes de déplacement d'enfants.

Or, puisque la Convention ne précise pas les moyens que chaque Etat doit employer pour faire respecter le droit de garde existant dans un autre Etat contractant, il faut conclure qu'exception faite de la protection indirecte, qui implique l'obligation de retourner l'enfant à celui qui en avait la garde, le respect du droit de garde échappe presque entièrement au domaine conventionnel. Par contre, le droit de visite fait l'objet d'une régulation incomplète certes, mais indicative de l'intérêt accordé aux contacts réguliers entre parents et enfants, même quand la garde a été confiée à un seul des parents ou à un tiers.

La Convention ne cherche absolument pas à régler le problème de l'attribution du droit de garde; l'article 19 de la Convention précise d'ailleurs qu'une décision sur le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde. L'article 30 de la Loi reprend la même idée.

Les exceptions à l'obligation d'assurer le retour immédiat des enfants sont peu nombreuses; seuls les articles 13 et 20 de la Convention en traitent alors que, dans la Loi, ce sont les articles 21, 22 et 23. L'intérêt de l'enfant déplacé n'est pas mentionné explicitement en tant que critère correcteur de l'objectif conventionnel qui vise à assurer le retour immédiat de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle. Le rapport Pérez-Vera explique pourquoi il en est ainsi, aux paragraphes 23, 24 et 25:

23 Pour les motifs invoqués, parmi d'autres, la partie dispositive de la Convention ne contient aucune allusion explicite à l'intérêt de l'enfant en tant que critère correcteur de l'objectif conventionnel qui vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement. Cependant, il ne faudrait pas déduire de ce silence que la Convention ignore le paradigme social qui proclame la nécessité de prendre en considération l'intérêt des enfants pour régler tous les problèmes les concernant. Bien au contraire, dès le préambule, les Etats signataires déclarent être «profondément convaincus que l'intérêt

de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde»; c'est précisément dans cette conviction qu'ils ont élaboré la Convention, «désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites».

24 Ces deux paragraphes du préambule reflètent assez clairement quelle a été la philosophie de la Convention à cet égard, philosophie que l'on pourrait définir comme suit: la lutte contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants doit toujours être inspirée par le désir de protéger les enfants, en se faisant l'interprète de leur véritable intérêt. Or, parmi les manifestations les plus objectives de ce qui constitue l'intérêt de l'enfant figure le droit de ne pas être déplacé ou retenu au nom de droits plus ou moins discutables sur sa personne. En ce sens, il est souhaitable de rappeler la Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dont le premier principe général dit que «les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres».

En effet, comme l'a souligné M. Dyer, dans la littérature consacrée à l'étude de ce problème, «l'opinion qu'on y trouve le plus souvent exprimée est que la véritable victime d'un «enlèvement d'enfant» est l'enfant lui-même. C'est lui qui pâtit de perdre brusquement son équilibre, c'est lui qui subit le traumatisme d'être séparé du parent qu'il avait toujours vu à ses côtés, c'est lui qui ressent les incertitudes et les frustrations qui découlent de la nécessité de s'adapter à une langue étrangère, à des conditions culturelles qui ne lui sont pas familières, à de nouveaux professeurs et à une famille inconnue».

25 Il est donc légitime de soutenir que les deux objectifs de la Convention -l'un préventif, l'autre visant la réintégration immédiate de l'enfant dans son milieu de vie habituel - répondent dans leur ensemble à une conception déterminée de «l'intérêt supérieur de l'enfant». Cependant, même dans l'optique choisie, il fallait admettre que le déplacement d'un enfant peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche. De sorte que la Convention reconnaît certaines exceptions à l'obligation générale assumée par les Etats d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement. Pour la plupart, ces exceptions ne sont que des manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière.

Quant aux exceptions au principe du retour immédiat des enfants au lieu de leur résidence habituelle, le rapport Pérez-Vera rappelle qu'elles doivent être interprétées restrictivement, au paragraphe 34:

34 Pour clore les considérations sur les problèmes traités à cet alinéa, il semble nécessaire de souligner que les exceptions de trois types au retour de l'enfant doivent être appliquées en tant que telles. Cela implique avant tout qu'elles doivent être interprétées restrictivement si l'on veut éviter que la Convention devienne lettre morte. En effet, la Convention repose dans sa totalité sur le rejet unanime du phénomène des déplacements illicites d'enfants et sur la conviction que la meilleure méthode pour les combattre, au niveau international, est de ne pas leur reconnaître des conséquences juridiques. La mise en pratique de cette méthode exige que les Etats signataires de la Convention soient convaincus de ce qu'ils appartiennent, malgré leurs différences, à une même communauté juridique au sein de laquelle les autorités de chaque Etat reconnaissent que les autorités de l'un d'entre eux - celles de la résidence habituelle de l'enfant - sont en principe les mieux placées pour statuer en toute justice sur les droits de garde et de visite. De sorte qu'une invocation systématique des exceptions mentionnées, substituant ainsi au for de la résidence de l'enfant le for choisi par l'enleveur, fera s'écrouler tout l'édifice conventionnel, en le vidant de l'esprit de confiance mutuelle qui l'a inspiré.

À la lumière de ces commentaires quant à la philosophie sous-jacente à la rédaction de la Convention, et par voie de conséquence, de la Loi, j'aborde maintenant les deux moyens sur lesquels l'appelante appuie son pourvoi, «la résidence habituelle» des enfants et leur «intérêt».

a) La «résidence habituelle» des enfants B...-D...

La Loi définit «déplacement illicite», à son article 3, sans toutefois préciser ce qu'il faut entendre par «résidence habituelle»; la Convention évite également de définir le concept de «résidence habituelle».

Dans un article intitulé The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Are the Convention's Goals Being Achieved? Julia A. Todd écrit:

"Habitual Residence" is not defined by the Convention. The determination of habitual residence is necessarily fact specific and, thus, the term must remain fluid."

Dans un autre article intitulé Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly, Volume 28, Number 1, Spring 1994, madame la professeur Linda Silberman écrit, à la page 20:

The determination of which state is the habitual residence is usually a factual one. The Convention does not provide a definition of habitual residence, but identifying the state of habitual residence is critical. The relevant custody rights are those recognized by the State of habitual residence, and it is the State of habitual residence to which the child should be returned and where the ultimate merits of the custody fight are to be decided. Thus, when both parents, or one of the parents, take a child from one State to another, there is no requirement of return if the new State is shown to be the habitual residence.

Le juge de première instance dispose de la question ainsi:

Neither the Convention nor the Act have defined the term "habitual residence". It is evident that the notion of habitual residence must be distinguished from that of domicile. In the case of RE: J., [1990] 2 A.C. 562, Lord Brandon wrote that "this expression must be understood according to the ordinary and natural meaning of the two words it contains." Accordingly, the Court must be vigilant in respect of testimony of one or both parents characterizing their intent. Unlike the concept of domicile, where intention is critical, the notion of residence should be determined only by where the children lived immediately before their removal.

The evidence clearly demonstrates that at the time of their move in January 1993, the parties had taken all their belongings with them to California and had left nothing behind in Quebec. Mr. D. had obtained a three-year work visa. At the time of the present hearing, the father is waiting for his green card in order to remain in California on a permanent basis.

Whether the Petitioner indicated to his wife his intention to stay in California for only three years is of no importance in determining the habitual residence of the children. Both children had been living with their parents in C... California for three years. L... was registered at F... School since September 1995, and the child K... attended Play and Learn Playschool since September 1994.

Respondent's counsel has argued that the two children were not habitually residents, but "temporary" residents of C..., California, thus creating a distinction not existing in the Act or in the Convention.

Respondent, in asserting that California was only temporary and therefore not habitual, would make the children entirely without residence anywhere in the world. These children, from 1993 to 1996, were not refugees in California who had temporarily sought refuge after fleeing a hostile and tyrant state. On the contrary, all the evidence leads to the inescapable conclusion that as of January 18, 1996, the day of their removal from California to Quebec, the habitual residence of L... and K... was California.

The Court is of the opinion that the members of this family were neither visitors nor tourists in California. Therefore, the children's habitual residence immediately before their removal was California.

À mon avis, il a bien décidé de la question.

Premièrement, aux yeux de la communauté internationale, la «résidence habituelle» doit être comprise comme une notion de pur fait; madame le professeur Pérez-Vera écrit, au paragraphe 66 de son rapport:

66 La deuxième question à examiner se réfère au droit choisi pour évaluer la validité initiale du titre invoqué. Nous ne nous arrêterons pas ici sur le concept de la résidence habituelle; il s'agit en effet d'une notion familière à la Conférence de La Haye, où elle est comprise comme une notion de pur fait, qui diffère notamment de celle de domicile. D'ailleurs, le choix du droit de la résidence habituelle en tant que critère déterminant de la légalité de la situation violée par l'enlèvement est logique. En fait, aux arguments qui ont agi en faveur de lui accorder un rôle prééminent en matière de protection des mineurs, comme dans la Convention de La Haye de 1961, vient s'ajouter la propre nature même de la Convention, c'est-à-dire sa portée limitée. En ce sens, il faut faire deux considérations: d'une part, la Convention n'essaie pas de régler définitivement la garde des enfants, ce qui affaiblit considérablement les arguments favorables à la loi nationale; d'autre part, les normes conventionnelles reposent, dans une large mesure, sur l'idée sous-jacente qu'il existe une sorte de compétence naturelle des tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant dans un litige relatif à sa garde.

La position défendue par le Procureur général du Québec à l'audience, bien que sa représentante ait pris bien garde de ne pas prendre position pour l'une ou l'autre des parties, est conforme à cette interprétation. La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur «résidence habituelle»; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur «résidence habituelle» au moment de leur déplacement. Dans ce contexte, tout le débat entourant les intentions de monsieur et de madame quant à la suite des événements est sans importance dans un contexte où, comme en l'espèce, les deux parents avaient la garde de leurs enfants. La situation pourrait être différente si un seul des parents avait la garde; ses intentions auraient alors plus d'importance (par exemple, dans Re J (A minor), 87 L. Soc'y Gazette, Oct. 3, 1990). Mais je n'ai pas à en décider puisque ce n'est pas le cas dont nous sommes saisis.

En l'espèce, les enfants vivaient en Californie depuis 3 ans lorsque leur mère les a ramenés au Canada le 18 janvier 1996. Ils y étaient inscrits à l'école depuis le début de l'année scolaire, en septembre 1995. Ils y avaient des amis de leur âge et participaient à des activités sociales et récréatives. La Californie était, par rapport à la réalité de ces deux enfants, le lieu de leur «résidence habituelle».

La sagesse de l'approche axée sur la réalité des enfants, plutôt que sur les intentions des parents, saute aux yeux dans un cas comme celui-ci; madame n'a pas l'intention de demeurer plus longtemps en Californie, monsieur oui. L'intention duquel des deux parents devrait prévaloir pour déterminer le lieu de la «résidence habituelle» des enfants? L'approche axée sur la réalité que vivent les enfants permet



d'éviter d'avoir à sonder les reins et les cœurs des parents.

Dans Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993), le juge Boggs, au nom de la Cour d'appel du sixième circuit, écrit:

We agree that habitual residence must not be confused with domicile. To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions.

et, un peu plus loin:

A person can have only one habitual residence. On its face, habitual residence pertains to customary residence prior to the removal. The Court must look back in time, not forward. All of the factors listed by Mrs Friedrich pertain to the future. Moreover, they reflect the intentions of Mrs Friedrich; it is the habitual residence of the child that must be determined.

Dans In Re Bates, no. CA 122-89, High Court of Justice, Fam. Div'n Ct. Royal Court of Justice, United Kingdom (1989) la Cour propose un test pour décider du lieu de la résidence habituelle d'une personne:

The governing principle for ascertaining the elements of habitual residence is contained in the speech of Lord Scarman in *R.V. Barnet London Borough Council ex parte Shah* [1983] 2 A.C. 309, when he says, at page 314: "and there must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled."

En l'espèce, il n'y a aucun doute que le couple B...-D... s'était établi en Californie. C'est le travail qui amenait le couple dans cet état de la côte ouest des États-Unis. La famille n'était pas de passage en Californie; elle s'y était établie. Tous les membres de la famille avaient des visas leur permettant de demeurer aux États-Unis; les visas avaient même été prolongés au-delà de la période initiale de 3 ans. Les enfants fréquentaient l'école à cet endroit. Madame B..., détentrice d'un visa de travail, y travaillait comme infirmière depuis la fin de l'été 1995, à un salaire de 43 000\$ U.S.. Le fait que l'un des deux parents souhaite revenir au Québec ne suffit pas pour conclure que la Californie n'est plus le lieu de la «résidence habituelle» des enfants.

Dans Application of Ponath, 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993, le juge de district Sam écrit:

Although it is the habitual residence of the child that must be determined, the desires and actions of the parents cannot be ignored by the Court in making the determination when the child was at the time of removal or retention an infant. The concept of habitual residence must, in the Court's opinion, entail some elements of voluntariness and purposeful design.

Je ne suis pas certain que cet énoncé reflète fidèlement l'état du droit américain sur la question; elle semble être une décision isolée que les auteurs cherchent d'ailleurs à distinguer en la comparant à l'arrêt clef de Friedrich v. Friedrich, précitée (voir l'article de Julia A. Todd, précité). De toutes manières, les faits de l'arrêt Ponath sont fort différents des faits du présent pourvoi: la famille Ponath s'était envolée vers l'Allemagne pour un voyage d'agrément d'une durée maximale de 3 mois, l'enfant a été déplacé aux États-Unis après avoir demeuré à peine 9 mois en Allemagne, monsieur Ponath retenait son épouse en Allemagne contre son gré en faisant preuve de violence verbale, psychologique et

physique à son endroit. En somme, il s'agit d'un cas isolé qui, de toutes manières, reposait sur des faits bien différents de ceux de l'espèce; ce serait, à mon avis, et avec égards pour l'opinion contraire, une erreur d'y voir un précédent déterminant dans la manière d'interpréter la Convention et la Loi.

Je suis donc d'avis que le juge de première instance avait raison de conclure que la «résidence habituelle» des enfants du couple B...-D... était, au 18 janvier 1996, la Californie et que leur déplacement au Canada, en violation du droit de garde attribué à leur père, et conjointement à leur mère, par le droit de la Californie, était illicite au sens de la Convention et de la Loi.

La situation en l'espèce est d'ailleurs l'un des types d'enlèvement auxquels les concepteurs de la Convention souhaitaient expressément qu'elle s'applique. Dans son rapport, madame le professeur Pérez-Vera écrit, au paragraphe 68:

68 La première des sources à laquelle l'article 3 fait allusion est la loi, quand il dit que la garde peut «résulter d'une attribution de plein droit». Cela nous amène à insister sur l'un des traits caractéristiques de cette Convention, nommément son applicabilité à la protection des droits de garde exercés avant toute décision en la matière. Le point est important, car on ne peut pas ignorer que, dans une perspective statistique, les cas où l'enfant est déplacé avant qu'une décision concernant sa garde n'ait été prononcée sont assez fréquents. D'ailleurs dans de telles situations, les possibilités existantes, en marge de la Convention, pour le parent dépossédé de récupérer l'enfant sont presque nulles, sauf s'il recourt à son tour à des voies de fait toujours pernicieuses pour l'enfant. A cet égard, en introduisant ces cas dans son domaine d'application, la Convention a progressé de manière significative dans la solution des problèmes réels qui échappaient auparavant, dans une large mesure, aux mécanismes traditionnels du droit international privé.

et, au paragraphe 71:

71 (...) D'ailleurs, la garde conjointe n'est pas toujours une garde *ex lege*, dans la mesure où les tribunaux se montrent de plus en plus favorables, si les circonstances le permettent, à partager entre les deux parents les responsabilités inhérentes au droit de garde. Or, dans l'optique adoptée par la Convention, le déplacement d'un enfant par l'un des titulaires de la garde conjointe, sans le consentement de l'autre titulaire, est également illicite; ce caractère illicite proviendrait, dans ce cas précis, non pas d'une action contraire à la loi, mais du fait qu'une telle action aurait ignoré les droits de l'autre parent, également protégé par la loi, et interrompu leur exercice normal. La véritable nature de la Convention apparaît plus clairement dans ces situations; elle ne cherche pas à établir à qui appartiendra dans l'avenir la garde de l'enfant, ni s'il s'avérera nécessaire de modifier une décision de garde conjointe rendue sur la base de données qui ont été altérées par la suite; elle essaie plus simplement d'éviter qu'une décision ultérieure à cet égard puisse être influencée par un changement des circonstances introduit unilatéralement par l'une des parties.

#### b) L'«intérêt» des enfants

La Convention et la Loi prévoient toutefois quelques exceptions à l'obligation d'assurer le retour immédiat des enfants au lieu de leur «résidence habituelle». En effet, à partir du moment où une partie démontre que le déplacement était illicite, il appartient à l'autre partie de convaincre la Cour que l'une ou l'autre des exceptions prévues dans la Convention et la Loi s'applique. Cela nous amène au second moyen d'appel invoqué par l'appelante et à la prise en considération des articles 13 et 20 de la Convention et des articles 21, 22 et 23 de la Loi.

Le juge de première instance dispose de cet aspect du dossier dans les termes suivants:

In the written brief (Rule 18), Respondent alleges that a return to California would expose the children to grave risk of physical or psychological harm for three reasons:

- 1- custody has already been granted to the Respondent who has no employment in the United States and thus the children would be placed in an intolerable situation;
  
- 2- Mr. D., the Petitioner, told Mme B. on many occasions that he intended to take the children to live in Egypt which is not a signatory to the Convention;
  
- 3- the Petitioner (the father) does not have financial means to support the children.

In respect of the first two above, there is not a scintilla of evidence.

As to the Respondent's third reason not to return the children, that is the financial incapacity of the father, the evidence discloses that Petitioner earned \$16,000.00 U.S. in 1994, and \$40,000.00 in 1995. This latter amount was unsubstantiated by any documentation.

I have no hesitation whatever in saying that the signatories to the Convention did not have in mind the protection of children of well-off parents only, leaving exposed and incapable of applying for the return of a kidnapped child, the parent without wealth whose child was so abducted. The assertion by Respondent that financial weakness is a valid reason not to return a child under the Act is repugnant.

Therefore, this Court concludes that the Respondent has not shown that the returning the two children to California would result in exposing them to a grave risk of physical or psychological harm or would otherwise place them in an intolerable situation. As such, the Respondent has not met the onus to establish the exception set out in Section 13(b) of the Convention or in Section 21(2) of the Act.

L'appelante reprend les mêmes arguments devant nous: elle plaide que l'intérêt des enfants passe par celui de leurs parents, notamment par celui de la mère. Or, en l'espèce, elle craint que les enfants ne souffrent d'être séparés d'elle s'ils devaient retourner en Californie sans qu'elle ne les accompagne; même si elle se rend en Californie avec les enfants, ajoute-t-elle, ces derniers souffriront du climat de tension et de chicane existant entre les parties. L'appelante persiste à soutenir que le retour des enfants en Californie leur ferait courir «un danger grave», un «déséquilibre psychologique certain» et une «situation à court et moyen terme pour le moins intolérable». L'appelante plaide enfin qu'elle a, en tout temps, agi dans le meilleur intérêt de ses enfants et que la Loi n'a pas été adoptée pour régler des cas comme celui-ci.

Au sujet des exceptions il convient de rappeler qu'elles doivent être interprétées restrictivement «si l'on veut éviter que la convention devienne lettre morte» (rapport Pérez-Vera, au paragraphe 34, cité plus haut à la page 19 de cette opinion); d'ailleurs, les exceptions visées par la Convention et la Loi ne sont pas d'application automatique puisqu'il revient au juge de décider, ultimement, d'ordonner ou de refuser le retour des enfants. À cet égard, je rappelle que l'intérêt de l'enfant déplacé, au sens large de cette notion que nous connaissons bien au Québec en matière de décisions concernant l'enfant, n'est pas mentionné explicitement, ni dans la Convention, ni dans la Loi, en tant que critère correcteur de l'objectif qui vise à assurer le retour immédiat de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle; au sens de la Convention et de la Loi, l'intérêt de l'enfant déplacé s'étudie sous l'angle, sûrement plus étroit, des quelques exceptions y décrites. L'intérêt de l'enfant, au sens plus large, sera pris en compte au moment où les autorités judiciaires de l'État de sa résidence habituelle statueront sur les droits de garde et de visite, ce que la Convention ne cherche absolument pas à régler.

L'exception sur laquelle s'appuie l'appelante est décrite à l'article 21, deuxième paragraphe de la Loi. Cet article reprend, à peu près dans les mêmes termes, l'alinéa b de l'article 13 de la Convention.

Interprétant cet article dans l'arrêt Thomson, précité, le juge La Forest en dit ceci, à la page 596:

Il est généralement reconnu que la Convention requiert un critère plus rigoureux que celui proposé par l'appelante. En bref, bien que le mot «grave» détermine le «risque» et non le «préjudice», le terme doit être lu conjointement avec la phrase «ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». L'emploi de l'expression «autre manière» nous amène inévitablement à conclure que le préjudice physique ou psychique prévu dans la première partie de l'al. 13b) est tel qu'il devient également une situation intolérable.

et, à la page 597, citant avec approbation les propos du lord juge Nourse dans Re A (A Minor) (Abduction), [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.):

[TRADUCTION]... il doit s'agir d'un risque plus grand qu'un risque ordinaire, ou plus grand que ce dont on s'attendrait normalement du fait de prendre un enfant d'un parent et de le remettre à l'autre. Je conviens [...] que non seulement le risque doit être grave, mais il doit causer un préjudice psychique sérieux, et non pas négligeable. C'est là, me semble-t-il, le sens de l'expression «ou de toute autre manière place l'enfant dans une situation intolérable».

En l'espèce, l'appelante ne me convainc pas d'intervenir. Le juge de première instance a entendu les parties et il a tiré de la preuve une conclusion qui m'apparaît raisonnable et fidèle à la preuve faite. Cette preuve, quand on la considère dans son ensemble et non seulement du point de vue de madame B..., ne permet pas de conclure que le retour des enfants en Californie risque de les placer dans une situation intolérable. Après tout, la Californie est un État de droit; on ne risque pas de se tromper en présumant que les droits des enfants y seront respectés. Madame B... trace un portrait sombre de l'appelant, portrait dont monsieur se défend bien et que le premier juge, après avoir entendu la preuve, n'a pas retenu; d'ailleurs, madame elle-même n'a pas hésité à laisser les enfants seuls auprès de leur père, pendant plusieurs jours, quand elle est revenue au Québec se faire soigner et quand monsieur D... a visité sa sœur dans l'ouest canadien.

De plus, mesure de prudence additionnelle, le juge de première instance a assorti son ordonnance de retour de diverses conditions pour assurer que ce retour se fasse dans les meilleures conditions possibles, pour les enfants et pour la mère. À ce sujet, je note que le juge de première instance a même communiqué avec le juge Stewart de qui il a obtenu la lettre suivante, datée du 17 mai 1996, que je reproduis ici **in extenso**:

On May 16, 1996, this Judge spoke with the Honourable Roger Baker, Federal Judge in Canada. He is reviewing the Petitioner's claim that, under the Hague Treaty, California has jurisdiction over the two minor children, L... and K...

This Court wishes to clarify the order filed on March 7, 1996. That order granted the Petitioner father sole legal and sole physical custody of the two children. This was done after the mother refused to return the children to California, and the judge in Canada, with whom I spoke on the telephone, indicated that he felt he was not bound by the Uniform Child Custody Jurisdiction Act.

That custody order filed March 7, 1996, is a mere interim order until a full and complete evaluation of this case can be made, including psychological testing. Under California law, a permanent child custody or visitation order cannot be made without mediation first occurring. (California Family Code Sections 3170 and 3175) The Former orders the court to set every case for mediation in which custody

and access are in dispute. Section 3175 requires that mediation be set before or concurrent with any hearing on custody. By local rule, evaluation follows failed mediation.

Thus, the Court Orders as follows:

1. If the Canadian Court returns the children to California, the parties shall report to Department 119 on the first court day after the children return, at 9:00 a.m., for an emergency screening to set another interim order to establish a parenting plan while this Court does a complete evaluation including psychological testing.

2. The children may remain in the mother's custody pending the emergency screening.

DATED: May, 17 1996

(S) James W. Stewart

JAMES W. STEWART

Judge of the Superior Court

À l'audience, l'avocate de monsieur D... a proposé d'autres conditions qu'il nous sera possible d'inclure à l'ordonnance de retour des enfants en Californie: 1) il défraiera le coût des billets d'avion des enfants vers la Californie et 2) l'appelante pourra habiter la résidence familiale, avec les enfants, à l'exclusion de monsieur D... et aux frais de ce dernier, tant que le tribunal de la résidence habituelle des enfants n'aura pas vidé le fond du droit de garde.

Finalement, je note que plusieurs des difficultés invoquées par l'appelante quand elle traite du choc qui attend les enfants à leur retour en Californie découlent du fait même de leur déplacement illicite vers le Canada le 18 janvier 1996. Il est probable que l'appelante n'a pas agi ainsi pour mal faire mais au contraire, selon sa perception des choses, dans le meilleur intérêt des enfants. Il n'en demeure pas moins qu'elle se faisait ainsi justice à elle-même, en violation flagrante du droit de garde que son mari exerçait alors de concert avec elle; elle a créé une situation telle qu'un retour en Californie, après un séjour de plusieurs mois au Québec, perturbera certainement les enfants, dans une mesure qu'il est toutefois difficile d'évaluer et qui dépendra beaucoup de l'attitude même des parties.

La décision de retourner les enfants en Californie n'est pas facile à prendre, d'autant qu'il s'est écoulé plus de 9 mois depuis leur déplacement illicite, mais c'est, à mon avis, la décision qui s'impose. La Convention a reçu l'adhésion de la communauté internationale, le Canada en tête, parce que nos dirigeants politiques y voyaient là le meilleur moyen de contrer le fléau du déplacement ou du non-retour illicite des enfants. Les exceptions au principe du retour immédiat des enfants au lieu de leur résidence habituelle sont, à dessein, peu nombreuses et doivent être interprétées restrictivement. Autrement, comme le souligne madame le professeur Pérez-Vera, la Convention deviendra rapidement lettre morte et nous retournerons tous, enfants comme adultes, à la case départ, ce qui n'est pas souhaitable.

### **L'exception déclinatoire (pourvoi no 500-09-002268-969)**

Monsieur D... invoque divers motifs au soutien de son pourvoi que je résume ainsi:

- le jugement entrepris écarte la décision du 7 février de la Cour californienne, décision rendue après que le juge eût entendu la preuve et les arguments des deux parties;
- le jugement occulte la preuve faite, y compris les admissions de madame, quant au lieu de son domicile et de celui des enfants, notamment dans un contexte d'enlèvement d'enfants;
- l'absence de compétence de la Cour québécoise pour statuer sur la garde d'enfants domiciliés hors du Québec.

Le sort des deux pourvois est intimement lié; les deux parties en ont convenu à l'audience. Il est bien évident que le refus de retourner les enfants en Californie entraînait le rejet du pourvoi de l'appelant relativement à l'exception déclinatoire; par contre, la décision de retourner les enfants en Californie m'amène à suggérer un sort différent, un peu plus nuancé, au pourvoi de l'appelant.

S'agissant d'une demande en séparation de corps, la Cour supérieure avait clairement compétence pour en décider au sens de l'article 3146 C.c.Q.. Il semble qu'à la date d'introduction de sa demande en séparation de corps, le 22 janvier 1996, madame était revenue au Québec avec l'intention d'y demeurer pour de bon; elle avait donc, à la date d'introduction de l'action, un domicile au Québec. Madame en a convaincu le juge de première instance et il s'agit là d'une question d'appréciation de faits sur laquelle cette Cour ne devrait pas revenir.

L'appelant plaidait en première instance l'application de l'article 3090 C.c.Q. pour convaincre le tribunal que l'instance devait être portée au domicile des époux, en Californie. Au delà de la question qui consiste à déterminer, comme question mixte de faits et de droit, l'emplacement du domicile des époux, cet article n'est pas pertinent pour l'instant; l'article 3090 C.c.Q. ne concerne pas la compétence du tribunal, mais traite plutôt de la loi applicable à la séparation de corps des époux lorsqu'un élément d'extranéité est en jeu. En somme, l'article 3146 C.c.Q. confère la compétence voulue au tribunal québécois pour se saisir de la demande en séparation de corps; la question de savoir laquelle de la loi de la Californie ou de la loi du Québec il aura à appliquer ne relève pas du présent litige.

L'appelant plaide ensuite que les tribunaux québécois ne sont pas compétents pour entendre l'action en séparation de corps puisque les tribunaux de la Californie se sont déclarés compétents, le 7 février 1996, pour décider du divorce des parties. À cet égard, je note que le tribunal québécois est saisi d'une demande en séparation de corps alors que le tribunal californien est saisi d'une demande en divorce; ce sont là deux demandes bien différentes l'une de l'autre. Par contre, les deux juridictions ont été saisies, à peu près à la même époque, de conclusions relatives à la garde des enfants; il y a donc un danger certain de jugements contradictoires.

L'existence d'une procédure en divorce valablement instituée en Californie, aux yeux de ce tribunal, ne suffit pas pour faire perdre compétence au tribunal québécois. Par contre, les articles 3135 C.c.Q. et 3137 C.c.Q. ouvrent, à mon avis, la voie à la solution du problème auquel les parties sont confrontées.

L'article 3135 C.c.Q. permet au tribunal, à la demande d'une partie, de décliner compétence lorsque les circonstances sont exceptionnelles et qu'il «estime que les autorités [de l'autre] État sont mieux à même de trancher le litige». Le premier juge n'a pas abordé le problème sous cet angle, probablement parce que les parties ne lui en ont pas fait la demande formellement. De toutes manières, je ne pense pas que l'article 3135 C.c.Q. soit la solution au problème; en effet, puisqu'on demandait au tribunal de décliner compétence pour entreprendre l'audition de la demande en séparation de corps, alors que la procédure pendante devant le tribunal californien, en était une en divorce, les deux actions n'avaient pas le même objet et le tribunal aurait été mal avisé de s'appuyer sur l'article 3135 C.c.Q. pour décliner compétence.

L'article 3137 C.c.Q. permet au tribunal de surseoir aux procédures dont il est saisi lorsque les circonstances s'y prêtent. En l'espèce, je crois que le tribunal du Québec serait bien avisé de surseoir aux procédures accessoires à la demande en séparation de corps, singulièrement les conclusions

relatives à la garde des enfants, tant que le tribunal de la Californie n'aura pas disposé du fond de cette question.

Pour toutes ces raisons, je propose 1) quant au pourvoi 500-09-002268-969 formé par l'appelant D..., de l'accueillir à la seule fin d'ordonner un sursis des procédures accessoires à la demande en séparation de corps, singulièrement des procédures relatives à la garde des enfants, tant que le tribunal de la Californie saisi des mêmes questions dans le cadre des procédures en divorce n'en aura pas décidé et 2) quant au pourvoi 500-09-002645-968 formé par l'appelante B..., de le rejeter, sous réserve d'une part, d'ajouter aux conditions dont le juge de première instance a assorti son ordonnance les conditions suivantes:

- Monsieur D... paiera le coût des billets d'avion des enfants vers la Californie;
- Madame B... habitera la résidence familiale, avec les enfants, à l'exclusion de monsieur D... et aux frais de ce dernier, tant que le tribunal de la Californie n'aura pas vidé le fond de la question relative au droit de garde;

et d'autre part, de préciser que le retour des enfants à C..., Californie, le lieu de leur «résidence habituelle» au 18 janvier 1996, devra s'effectuer au plus tard 15 jours suivant la date du présent arrêt; je propose enfin que chaque partie paie ses frais en appel sur les deux pourvois.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.  
**COUR D'APPEL**

PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-002645-968**  
(700-04-001386-967)

CORAM: LES HONORABLES LeBEL  
CHAMBERLAND  
FORGET, J.J.C.A.

**DROIT DE LA FAMILLE - 2454**

No: **500-09-002268-969**  
(700-04-001386-967)

**DROIT DE LA FAMILLE - 2454**

---

## OPINION DU JUGE LeBEL

Comme l'explique l'opinion du juge Chamberland, la Cour est saisie du pourvoi de madame J... B... contre un jugement de la Cour supérieure prononcé à Terrebonne, par l'honorable Roger E. Baker, le 17 mai 1996. Celui-ci avait alors accueilli la requête de son mari Y... D..., présentée en vertu de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfant (L.R.Q., c. A-23.01). Cette décision ordonnait le renvoi des deux enfants du couple, âgés de six et quatre ans, en Californie, où leur père habite et travaille toujours.

De son côté, Monsieur D... a porté en appel un jugement de la Cour supérieure rendu par le juge Roland Durand, le 22 février 1996. Ce dernier avait rejeté un moyen déclinatoire et conclu que les tribunaux du Québec devaient rester saisis de l'action en séparation de corps instituée par Madame B... et des mesures accessoires comme la garde des enfants.

Je ne reviendrai pas sur l'exposé des faits de cette affaire et m'en rapporterai, pour ceci, à l'opinion du juge Chamberland, sauf sur un point, le motif du retour au Canada. La décision de l'appelante de revenir au Canada avec ses enfants faisait suite, selon elle, à la confirmation de la volonté de son mari de s'installer définitivement aux États-Unis, contrairement à ses promesses d'un séjour temporaire limité à quelques années. Cette décision venait compléter la rupture de rapports de couple gravement altérés depuis plusieurs mois déjà.

Comme mon collègue, je conclus cependant qu'il y a eu déplacement illégal au sens de la loi et de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants. L'intimé a également établi que la résidence habituelle des parties, avant le déplacement des enfants, se situait en Californie. Factuelle, cette notion de résidence habituelle ne doit pas être confondue avec celle de domicile, au sens du droit des personnes. Lorsqu'est survenue la rupture entre les époux, leur résidence habituelle, pour les fins de l'application de la loi, se trouvait en Californie.

Le déplacement a porté atteinte à un droit de garde que les deux parties exerçaient conjointement, tant en vertu du droit québécois, celui de leur statut personnel, à la suite de leur mariage au Québec, et de l'établissement d'un domicile dans cette province, que du droit de la famille de la Californie, selon les explications que l'on retrouve dans la preuve. Les conditions d'application de la convention étant ainsi établies, le seul obstacle possible au retour obligatoire des enfants se retrouve à l'article 21 de la loi, plus particulièrement au paragraphe 2, qui dispose:

**«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.»**

Dans le cas d'une loi et d'une convention qui, toutes deux, dans leur préambule, affirment la primauté de l'intérêt de l'enfant, ce dossier soulève le problème de la place de l'intérêt concret particularisé des enfants visés par une demande d'ordonnance de renvoi. La Convention de La Haye et la loi d'application adoptée par l'Assemblée nationale du Québec dans sa compétence législative, pour donner effet aux engagements internationaux du Canada, signataire de cette convention, veulent protéger les enfants contre les initiatives inconsidérées d'une partie. Elles entendent favoriser la stabilité de l'enfant dans le milieu établi par sa résidence habituelle et reconnaître les tribunaux de cette



résidence comme le forum naturel des litiges sur sa garde.

Devant un déplacement illégal au sens de la loi et de la Convention, peut se poser, cependant, le problème de l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt ne s'évalue pas comme dans un débat ordinaire sur la garde de l'enfant, en vertu de la Loi sur le divorce (L.R.C. 1985, c. 3, 2e supplément) ou des législations provinciales sur les droits parentaux. L'exercice du recours en renvoi au lieu de résidence habituelle des enfants n'est pas assujéti à la condition préalable d'un débat sur l'identification du meilleur gardien pour l'enfant. Certains commentaires du juge La Forest dans l'arrêt Thompson c. Thompson, [1994] 3 R.C.S. 551 sont toutefois invoqués par l'intimé, pour exclure la prise en considération d'un intérêt particularisé de l'enfant dans l'examen d'une requête en renvoi:

**«J'examinerai maintenant de plus près l'objectif de la Convention. Le préambule édicte ainsi son objectif fondamental: «[L]'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde.» Compte tenu des remarques du juge Helper de la Cour d'appel sur cette question, toutefois, je devrais signaler immédiatement que cette phrase ne doit pas être interprétée comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde. Dans cette partie du préambule, il est question de «l'intérêt de l'enfant» en général, et non de l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal. On peut invoquer à l'appui de ce point de vue l'art. 16, qui prescrit que les tribunaux de l'État requis ne pourront statuer sur le fond du droit de garde que lorsqu'il sera établi que les conditions de la Convention pour le retour de l'enfant ne sont pas réunies. J'attirerais également l'attention sur le fait que le préambule précise ensuite la manière dont son objectif doit être promu en vertu de la Convention:**

**Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir de procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite...**

**Ce qui précède est tout à fait compatible avec les deux objectifs de la Convention énoncés dans son article premier: a) assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant, et b) faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant. Anton, loc. cit., aux pp. 542 et 543, indique que le retour immédiat était destiné à être prédominant...» (opinion du juge La Forest,**

**pp. 578-579)**

Dans une opinion écrite à propos de la même affaire, la juge L'Heureux-Dubé soulignait cependant qu'il était difficile d'admettre que l'on ne considère, dans pareil cas, que la protection de l'enfance, en général, ou d'un enfant idéal, en quelque sorte abstrait, contre le seul risque d'un déplacement illégal. Elle pensait qu'il fallait laisser une place à l'appréciation de l'intérêt particulier de l'enfant dont on demandait le renvoi dans le pays de sa résidence habituelle:

**«Bien que, comme mon collègue le remarque, le préambule renvoie à l'intérêt des enfants en général, et non à l'intérêt d'un enfant en particulier, je ne puis croire qu'on ait souhaité laisser de côté l'intérêt de chaque enfant.**

**Quoi qu'il en soit, il apparaît nettement que la Convention vise à protéger l'intérêt des enfants en prévoyant leur prompt retour s'ils sont emmenés hors de leur pays de résidence en violation d'un droit de garde. À cette fin, la Convention empêche l'État de refuge de tenir une enquête sur le bien-fondé de la demande quant aux droits de garde. A. E. Anton, le président de la Commission qui a rédigé la Convention commente, dans «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 Int'l & Comp. L.Q. 537, à la p. 543, l'intention des rédacteurs...» (opinion de la juge L'Heureux-Dubé,**

**pp. 618-619)**

Une approche trop abstraite basée sur l'examen d'un intérêt purement général, presque idéal, de l'enfant ou de l'enfance, vide la notion d'intérêt de l'enfant de tout contenu concret. Elle peut rendre ineffective la protection de cet intérêt. Centrée exclusivement sur un objectif d'exécution rapide et efficace des obligations de la convention, elle sacrifierait l'intérêt réel de l'enfant aux exigences d'une appréciation trop rigide et insuffisamment nuancée des valeurs mises en cause par les problèmes de protection de l'enfance.

Cette approche s'harmonise mal avec le principe du respect de l'intérêt particularisé et réel de l'enfant, qui a inspiré la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada sur les problèmes de l'éducation et de la protection de l'enfance. Constamment, cet intérêt a été jugé comme primordial (voir notamment Gordon c. Goetz, C.S.C. no 24622, 2 mai 1986, opinion de la juge McClachlin, pp. 11, 12 et 22; P. (D.) c. S. (C.), [1993] 4 R.C.S. 141, pp. 157, 159, pp. 169-170, p. 176, la juge L'Heureux-Dubé; C. (G.) c. V.F. (T.), [1987] 2 R.C.S. 244, pp. 269 à 271). Le Code civil du Québec attache d'ailleurs la même importance fondamentale (voir art. 33 C.c.Q.), ainsi que la **common law** canadienne, comme on le constate à l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

La Convention de La Haye et la loi québécoise d'application favorisent indéniablement le retour de l'enfant. Elles estiment qu'en règle générale, celui-ci sauvegarde mieux ses intérêts (W. (V.) c. S. (D.) et J.S., C.S.C., no 23765, 2 mai 1996, opinion de la juge L'Heureux-Dubé, p. 26). Toutefois, malgré la faveur reconnue au retour de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle, l'insertion de l'article 21 dans la loi, qui reprend les dispositions correspondantes dans la Convention internationale (articles 13 et 13b), suggère que l'intérêt concret et particularisé de l'enfant conserve une place. Se limite-t-il à la seule considération d'un danger physique et psychique immédiat? Le texte de l'article 21b) paraît plus large et susceptible de viser les situations où le retour placerait un enfant dans une situation grave, susceptible de porter préjudice substantiel à son développement, en créant une situation que la loi qualifie d'intolérable. À cet égard, les circonstances de la vie du couple, la nature de la relation de ses membres avec les enfants et celle des conséquences de l'ordre de renvoi pour ceux-ci doivent être pesées.

Dans le présent cas, sans remettre en cause la capacité parentale de l'intimé, en écartant d'ailleurs expressément des allégations d'agression sexuelle jetées dans le débat par l'avocat de l'appelante, sans que les mémoires d'appel contiennent la moindre preuve, il faut examiner les relations de la mère avec ses enfants et les conséquences du retour pour ceux-ci. Du dossier, il ressort que Madame B... a été, depuis la naissance de ses enfants, la première responsable de leur éducation. Elle a toujours vécu avec eux. Elle s'en est occupé constamment, avant comme après le départ pour les États-Unis. À la rupture du couple, elle conservait essentiellement ces mêmes fonctions.

L'ordre de renvoi ne tient pas compte de ce fait et risque de placer les deux enfants, encore très jeunes, dans une situation intolérable. Ils seront effectivement privés des contacts durables, continus avec leur mère, que rend nécessaire la façon dont leurs parents avaient auparavant organisé leur vie familiale. Ce risque est accru par la situation personnelle de l'appelante à l'égard de l'immigration américaine.

Comme le relate l'opinion du juge Chamberland, les deux parties sont des citoyens canadiens. Ils se sont installés aux États-Unis fin 1992, pour un séjour de trois ans. Monsieur D... a obtenu un permis de travail de trois ans, renouvelé depuis pour un an. Le permis obtenu par madame B... est maintenant expiré. D'ailleurs, à l'origine, elle n'avait obtenu qu'un permis de séjour et non de travail. Vis-à-vis l'immigration américaine, il n'existe aucune garantie d'un droit de retour, de séjour et d'obtention d'un permis de travail. Il s'agit tout au plus d'une possibilité. Si celle-ci ne se réalisait pas, au cas de renvoi des enfants en Californie, ceci provoquerait une rupture quasi totale de ses liens avec ses enfants.

À l'inverse, l'intimé, toujours citoyen canadien, a droit de revenir au Canada quand et comme il le désire et d'y travailler, s'il le souhaite. De plus, l'intimé n'a d'ailleurs offert aucun soutien alimentaire

pour l'appelante en pareil cas. Ses offres se sont limitées à celles des billets d'avion pour les enfants et, **in extremis**, devant la Cour, à la mise à la disposition du domicile conjugal jusqu'à une première décision des tribunaux californiens. Dans ces conditions, l'ordonnance de retour peut signifier pour les enfants en cause la destitution des liens avec une mère qui est restée la première responsable de leur éducation.

Dans ce contexte, l'ordre de renvoi entraîne la probabilité que les enfants soient placés dans une situation intolérable au sens de l'article 13b) de la loi. Cet ordre de renvoi doit être refusé.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi de Madame B..., casserais le jugement de la Cour supérieure et rejetterais la requête pour renvoi, mais sans frais, vu les circonstances de cette affaire.

Par ailleurs, en raison de ces conclusions, quant au pourvoi de l'appelante B..., je propose de rejeter sans frais l'appel formé par Monsieur D... contre le jugement prononcé par le juge Durand. Celui-ci a décidé, à bon droit, que les tribunaux canadiens restaient pleinement compétents à l'égard de l'action en séparation de corps de Madame B..., y compris à l'égard de la garde des enfants.

LOUIS LeBEL, J.C.A.

---

1. Au terme de l'audience, au moment de mettre l'affaire en délibéré, nous avons prolongé la suspension provisoire de l'exécution du jugement de première instance jusqu'au dépôt de l'arrêt de notre Cour.