

- [Accueil](#) |
- [Services aux citoyens](#) |

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-005532-973**
(500-04-010132-976)

Le 5 décembre 1997

CORAM: LES HONORABLES DELISLE
NUSS, J.J.C.A.
BIRON, J.C.A. (ad hoc)

DROIT DE LA FAMILLE - 2785

_____ **LA COUR** , statuant sur le pourvoi de l'appelant contre un jugement rendu le 17 septembre 1997 par la Cour supérieure du district de Montréal (l'honorable James T. Kennedy) qui ordonnait le retour immédiat en Espagne d'E..., fils de l'appelant et de l'intimée, et condamnait l'appelant à payer à l'intimée, en sus des dépens, des frais de 11 834,40 \$;

Après étude du dossier, audition et délibéré;

Pour les motifs exprimés dans les opinions des juges Jacques Delisle, Joseph R. Nuss et André Biron;

ACCUEILLE le pourvoi, sans frais;

CASSE le jugement rendu en première instance; et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu:

REJETTE, sans frais, la requête de l'intimée en vue du retour immédiat d'E... en Espagne et en paiement des frais engagés par l'intimée pour localiser l'enfant et obtenir son retour.

JACQUES DELISLE, J.C.A.

JOSEPH R. NUSS, J.C.A.

ANDRE BIRON, J.C.A. (ad hoc)

Me Elizabeth Pinard,
Avocate de l'appelant.

Me Sonia Heyeur,
Avocate de l'intimée

Me Jean-François Boulais,
Avocat du mis en cause.

Audition: **12 novembre 1997**

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-005532-973**
(500-04-010132-976)

CORAM: LES HONORABLES DELISLE
NUSS, J.J.C.A.
BIRON, J.C.A. (ad hoc)

DROIT DE LA FAMILLE - 2785

OPINION DU JUGE BIRON

L'appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour supérieure ordonnant le retour immédiat de son fils en Espagne, sous la garde de sa mère, l'intimée, et le condamnant en sus des dépens, à payer des frais de 11 834,40 \$ à celle-ci. Ce pourvoi met en cause la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye, R.T. Can. 1983 N° 35 (la «Convention»), telle que mise en vigueur au Québec par la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01 (la «Loi»).

L'appelant reproche au juge d'avoir ordonné le retour de l'enfant en Espagne, alors que la preuve révèle qu'il s'est intégré dans son nouveau milieu et qu'il s'oppose à son retour; de ne pas avoir tenu compte du risque grave que le retour de l'enfant en Espagne ne l'expose à un danger psychique et ne le place dans une situation intolérable; d'avoir ignoré la preuve documentaire démontrant que l'intimée avait acquiescé au non-retour; et finalement, d'avoir accordé à l'intimée des frais auxquels elle n'a pas droit.

I. LES FAITS

Les parties se sont épousées à Madrid, Espagne, le 4 avril 1984.

En septembre 1987, les parties quittent l'Espagne pour Paris, France, où l'appelant a obtenu un emploi comme administrateur adjoint au Collège d'Espagne à la Cité Internationale Universitaire de Paris.

Le 15 janvier 1989, à Paris, l'intimée donne naissance à E..., l'enfant qui fait l'objet des procédures dont nous sommes saisis.

L'appelant entretenait une relation sentimentale avec Madame D... Z... depuis l'automne 1988 et en a informé l'intimée.

Le 2 août 1989, les parties signent une entente devant notaire à Binéfar, Espagne, par laquelle elles conviennent d'une séparation de fait tout en continuant de vivre dans la même maison et également, de modifier leur régime économique commun pour celui de la séparation de biens.

En 1990, pour le congé des Fêtes, les parties conviennent de se rendre dans leurs familles respectives, en Espagne, avec E.... Il était convenu qu'avant son retour à Paris, prévu pour la mi-janvier, l'intimée ferait préparer une convention par ses conseillers madrilènes confiant la garde d'E... à l'appelant et octroyant à l'intimée des droits d'accès et le support financier de l'appelant tant qu'elle n'aurait pas obtenu un emploi rémunérateur.

Le 9 janvier 1991, l'intimée informe l'appelant qu'il doit lui concéder la garde d'E... et lui payer une pension alimentaire mensuelle de 250 000 pesetas (plus ou moins 2 500 \$) s'il veut revoir son fils.

Dans les semaines suivantes, l'intimée intente une action en séparation de corps en Espagne. Le 18 avril 1991, un jugement sur mesures provisoires est rendu, qui accorde aux parties le partage de l'autorité parentale; à l'intimée la garde d'E... et une pension alimentaire mensuelle de 45 000 pesetas; et à l'appelant, les droits d'accès suivants:

- Un mois l'été;
- Une semaine à Noël;
- Cinq jours à Pâques;
- Tant que l'enfant n'aura pas atteint l'âge de fréquentation scolaire obligatoire, quinze jours non consécutifs en février, avril et octobre;
- Quand l'enfant sera d'âge scolaire, une fin de semaine sur deux, du vendredi 18h00 au dimanche 20h00.

Le 11 septembre 1991, un jugement de séparation de corps est prononcé à la demande des deux parties et rend définitives les mesures provisoires, tout en accordant à l'intimée une prestation compensatoire sous forme d'une pension alimentaire mensuelle de 20,000 pesetas jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 6 ans.

Le 26 septembre 1991, l'appelant porte ce jugement en appel.

Le 15 janvier 1992, l'appelant introduit une demande de divorce à Madrid. Le 28 mai 1992, le divorce est prononcé. Le jugement reconduit les conclusions du jugement de séparation de corps du 11 septembre 1991, tout en augmentant la contribution financière de l'appelant aux besoins d'E..., à 75 000 pesetas par mois.

Le 15 août 1992, dans le cadre de l'exercice de son droit d'accès, l'appelant emmène E... avec lui.

Le 3 septembre 1992, l'appelant informe l'intimée qu'il n'a pas l'intention de lui ramener l'enfant et de fait ne lui ramène pas. Dès le 4 septembre 1992, l'intimée porte plainte pour enlèvement au Commissariat de police de son district.

Le 7 septembre 1992, détenteurs d'un statut de résidents permanents accordé par le gouvernement du Québec via la délégation générale du Québec à Paris, l'appelant et l'enfant E... viennent rejoindre Dame D... Z... à Montréal et s'y installent dans l'appartement loué par celle-ci au [adresse].

L'appelant n'a pas informé l'intimée de l'endroit de sa destination. De septembre 1992 à avril 1997, l'intimée n'a jamais eu de nouvelles de son fils, ni su où il était. Dès septembre 1992, l'intimée met tout en œuvre pour retrouver son fils.

Le 28 avril 1993, le jugement de divorce est confirmé par le tribunal d'appel de Madrid.

Le 13 octobre 1995, naît G..., fils de D... Z... et de l'appelant, et donc demi-frère d'E...

Le 18 novembre 1995, l'appelant épouse D... Z...

Le 12 avril 1996, l'appelant, son épouse et E... obtiennent la citoyenneté canadienne.

Au printemps 1997, l'appelant reçoit la visite du sergent détective Luc Girard de la Communauté urbaine de Montréal à la suite de la demande d'assistance d'un juge espagnol relativement à la plainte d'enlèvement déposée le 4 septembre 1992 contre l'appelant par l'intimée.

II. LES PROCÉDURES

Le 21 avril 1997, l'appelant donne avis à l'intimée qu'il entend présenter, le 30 avril 1997, devant la Cour supérieure du district de Montréal, une requête pour changement de garde d'enfant et jugement intérimaire.

Le 29 avril 1997, l'intimée fait signifier à l'appelant une requête en vertu de la Loi, en vue du retour immédiat de l'enfant. Le Procureur général du Québec est mis en cause par l'intimée.

La Cour supérieure du district de Montréal a été saisie des deux requêtes. Le 30 avril 1997, elles sont remises aux 11 et 12 juin pour enquête et audition.

Entre-temps, un droit d'accès est accordé à l'intimée, droit devant être exercé dans les locaux de la Directrice de la protection de la jeunesse le 1er mai 1997.

L'enquête et l'audition ont lieu les 11, 12 et 26 juin 1997.

Par jugements intérimaires rendus les 13 et 26 juin, l'intimée obtient les droits d'accès suivants:

- le 14 juin de 9h30 à 17h;
- les 29, 30 et 31 juillet, ainsi que les 1er et 2 août 1997, trois jours au choix de l'intimée, de 9h30 à 17h.

Le 22 juillet 1997, la cause est mise en délibéré.

Le 31 juillet 1997, après avoir indiqué que l'appelant serait condamné à payer les frais, la Cour supérieure ordonne une réouverture d'enquête pour permettre de produire une preuve additionnelle quant à ces frais.

Le 8 août 1997, l'appelant présente à la Cour supérieure une requête pour réouverture des débats, pour nomination d'un procureur à l'enfant et pour

ordonnance d'expertise psycho-sociale.

Les paragraphes 3 et 4 de cette requête se lisent ainsi:

3. L'intimé et des tiers ont une connaissance personnelle de faits nouveaux survenus depuis la prise en délibéré de cette cause le 22 juillet 1997, connaissance qu'ils ne pouvaient avoir au moment de l'instruction puisque ces faits nouveaux découlent directement de l'exercice des droits d'accès intérimaires par la requérante les 28 et 30 juillet 1997 et 1er août 1997;

4. L'intimé soumet respectueusement ce qui suit:

- L'enfant mineur E... s'est opposé aux sorties avec la requérante prévues les 28 et 30 juillet 1997 et 1er août 1997 et a répété à l'intimé à plusieurs reprises qu'il souhaitait être laissé en paix;

- L'enfant mineur E... était très perturbé et anxieux au retour des accès avec la requérante les 28 et 30 juillet 1997 et 1er août 1997;

- L'enfant mineur E..., au retour de chacun des droits d'accès les 28 et 30 juillet 1997 et 1er août 1997 a de façon véhémement réitéré son refus de se rendre en Espagne chez la requérante, précisant pour la première fois qu'il refusait d'y aller même pour des vacances;

- Au retour du droit d'accès du 28 juillet 1997, l'enfant E... a manifesté pour la première fois de façon claire et sans équivoque qu'il voulait rencontrer le juge pour lui faire comprendre son «cas» et a répété sa demande à plusieurs reprises.

Le 17 septembre 1997, après avoir rejeté la requête de l'appelant pour réouverture des débats et expertise psycho-sociale, le juge Kennedy de la Cour supérieure prononce le jugement entrepris et ordonne l'exécution provisoire nonobstant appel.

Le 19 septembre 1997, une inscription en appel du jugement rendu sur la requête de l'intimée est déposée.

Le 22 septembre 1997, saisi d'une requête pour suspension d'exécution

provisoire, le juge Jacques Chamberland de notre Cour ordonne la suspension et fixe l'audition au 12 novembre 1997. À la même occasion, saisi d'une requête pour permission d'appeler du jugement rejetant la requête de l'appelant du 8 août, le juge Chamberland déclare la requête de la compétence de la Cour plutôt que du juge unique et la réfère «au banc du 6 octobre 1997».

À cette date, après avoir mis la requête en délibéré, la Cour radie le délibéré et s'en dessaisit, la déférant au 10 novembre 1997 pour présentation devant la Cour siégeant en salle 17.08.

Du consentement des parties, la requête nous fut soumise le 11 novembre. À cette occasion, l'appelant abandonna les conclusions principales de cette requête et se limita à sa conclusion subsidiaire.

La Cour y fit droit à la seule fin d'entendre le point de vue de l'enfant E..., ce qui fut fait le 11 novembre 1997 de 16h30 à 17h30. À cette occasion, l'enfant fut interviewé par les juges Delisle et Nuss ainsi que par le soussigné, en présence des avocats des parties et du Procureur général. Il déclara alors, de façon claire et non équivoque, s'opposer à son retour en Espagne.

L'appel fut entendu le 12 novembre.

III. LA LÉGISLATION

_____ La Convention:

(Préambule)

Les États 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'État 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 1

La présente Convention a pour objet:

- a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant;
- b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État 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'État 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 État.

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'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

...

ARTICLE 13

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État 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 a 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.

...

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.

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.

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 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.

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.

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.

39. En ordonnant le retour de l'enfant ou en statuant sur le droit de visite dans le cadre de la présente loi, la Cour supérieure peut, le cas échéant, condamner la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant, ou qui a empêché l'exercice du droit de visite, au paiement de tous les frais nécessaires engagés par le demandeur ou en son nom, notamment des frais de voyage, des frais de représentation judiciaire du demandeur et de retour de l'enfant, ainsi que de tous les coûts et dépenses faits pour localiser l'enfant.

LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Art. 33. Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

Art. 34. Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent.

LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT⁽¹⁾:

Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

...

Article 11

1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. À cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

IV. LA POSITION DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Mis en cause, le Procureur général n'a pas déposé de mémoire, mais a déclaré soutenir la position de l'intimée.

V. DISCUSSION

Les parties sont d'accord, avec raison à mon avis, que nous sommes en présence d'un cas de non-retour illicite d'un enfant au sens de la Loi.

Avant d'examiner les moyens invoqués par l'appelant, il me paraît opportun de signaler, comme le font les juges La Forest et L'Heureux-Dubé dans l'arrêt Thomson c. Thomson, [1994] 3 R.C.S. 551, aux p. 600 et 612, que le Québec n'a pas adopté la Convention, ayant plutôt mis en œuvre la Loi dont les dispositions sont équivalentes. Cependant, dans l'arrêt W.(V.) c. S.(D.), [1996] 2 R.C.S. 108, à la p. 133, le juge L'Heureux-Dubé affirme au nom de la Cour:

...l'interdépendance entre la Convention et la Loi est consacrée tant par le préambule de la Loi qui précise que «le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention», que par son article premier qui pose les objectifs communs de la Loi et de la Convention.

Dans l'arrêt Droit de la famille-2454, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.), le juge Chamberland affirme, au nom de la majorité, que **«c'est 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».

La Cour suprême du Canada a clairement établi que l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde⁽²⁾.

Comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt W.(V.) c. S.(D.), précité, à la p. 136:

Selon l'art. 20 de la Loi, dès que le tribunal constate qu'il y a déplacement illicite au sens des arts. 3 ou 4 de la Loi, le retour de l'enfant est automatiquement ordonné, sauf dans la mesure où celui qui s'y oppose réussit à faire la preuve de l'une des exceptions y prévues, telle l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Dans cette perspective, ces exceptions, qui reconnaissent que l'intérêt des enfants peut s'opposer à une ordonnance de retour en certaines circonstances, ont généralement été interprétées de façon restrictive.

L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Bien que dans le préambule de la Convention, les États signataires se déclarent convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde, les mots «intérêt de l'enfant» ne se retrouvent dans aucun des articles de la Convention.

Dans l'affaire Thomson, précitée, à la p. 579, le juge La Forest affirme au nom de la majorité que cette phrase du préambule, **«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».**

Le juge L'Heureux-Dubé, en son nom et en celui du juge McLachlin, concède que le préambule renvoie à l'intérêt des enfants en général et non à l'intérêt d'un enfant en particulier, mais déclare (à la p. 618) ne pouvoir croire qu'on ait souhaité laisser de côté l'intérêt de chaque enfant.

Dans l'arrêt W.(V.) c. S.(D.), précité, parlant cette fois au nom de la Cour, le juge L'Heureux-Dubé écrit aux p. 152 et 153:

L'intérêt de l'enfant, comme on le sait, est au cœur de toute décision relative à l'enfant. C'est le principe qui sous-tend la Convention et la Loi. C'est aussi le critère que retient le Code civil du Québec ainsi que la jurisprudence et la doctrine.

La primauté de l'intérêt de l'enfant est reconnue par l'objectif fondamental de la Convention que la Loi entérine, édicté au préambule de la Convention: «l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde». Cet objectif s'inscrit dans la reconnaissance universelle de la primauté de l'intérêt de l'enfant, dont témoignent plusieurs documents internationaux, outre la Convention, telle la Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3 qui, à son article 3, énonce que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants. [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Dans le contexte particulier du déplacement ou du non-retour d'un enfant en violation d'un droit de garde, la Convention et la Loi présument que l'intérêt de l'enfant se situe au niveau de son retour immédiat au lieu de sa résidence habituelle pour qu'une détermination sur le fond de sa garde, le cas échéant, y ait lieu. Ainsi, l'intérêt de l'enfant tel que l'entendent la Convention et la Loi «ne doit pas être interprét[é] 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» (Thomson, précité, à la p. 578 (le juge La Forest)). L'article 13 de la Convention reconnaît, toutefois, que dans certaines situations clairement définies, l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal pourra exceptionnellement justifier que son retour ne soit pas ordonné (Schuz, loc. cit. à la p. 776). La Loi, qui est au même effet, prévoit que la Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant pour certains motifs, notamment s'il est démontré que l'enfant s'est intégré au Québec au sens de l'art. 20.

Je suis d'avis que les faits et circonstances de l'espèce nous obligent à considérer non seulement l'intérêt de l'enfant en général, mais aussi celui d'E... Cette opinion

prend appui sur les considérations ci-après exposées. Contrairement au Manitoba, le Québec n'a pas adopté la Convention, ce qui distingue l'espèce de l'affaire Thomson. En effet, c'est la Loi qui est invoquée par l'intimée pour obtenir le retour de l'enfant en Espagne. La décision concerne l'enfant au plus haut point et est de nature à influencer le cours de sa vie; l'art. 33 C.c.Q. rend impératif que cette décision soit prise dans son intérêt. En vertu de l'art. 3 de la Convention de l'ONU, dans toutes les décisions des tribunaux qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

C'est dans ce cadre que j'ai l'intention d'examiner les questions qui nous sont soumises.

Comme je l'ai indiqué, l'appelant invoque cinq moyens: l'intégration de l'enfant, l'opposition de celui-ci, le risque grave d'un danger psychique auquel l'enfant serait exposé et la situation intolérable dans laquelle il serait placé au cas de son retour en Espagne, l'acquiescement de l'intimée au non-retour, des frais erronément adjugés.

Le juge a écarté d'emblée l'allégation que l'intimée avait postérieurement acquiescé au non-retour et en ce faisant, il n'a certes pas commis d'erreur: l'intimée a tout fait pour retrouver son enfant et n'a eu de cesse qu'elle n'ait réussi. Je ne crois pas utile d'en dire davantage à ce sujet.

L'ALLÉGATION D'INTÉGRATION ET L'OPPOSITION DE L'ENFANT

L'art. 20 de la Loi prévoit que lorsque la Cour supérieure est saisie d'une requête pour obtenir le retour forcé d'un enfant au cas de non-retour illicite, elle ordonne le retour immédiat si une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant elle. En deux occasions, notre Cour a confirmé de telles ordonnances: Droit de la famille-2454, précité; Droit de la famille-2790 J.E. 97-1920 .

Par ailleurs, si la demande est faite après la période d'un an, l'art. 20 prévoit que la Cour supérieure ordonne également son retour, à moins qu'il ne soit établi que ce dernier s'est intégré dans son nouveau milieu.

C'est celui qui s'oppose au retour qui a le fardeau de prouver l'intégration de l'enfant. Voir à ce sujet W.(V.) c. S.(D.), précité, à la p. 136.

La Convention pas plus que la Loi ne définissant le mot «intégration», je suis d'avis qu'il faut lui donner son sens ordinaire. Selon Le Robert, dans son sens pertinent, intégration signifie «Établissement d'une interdépendance plus étroite

entre les membres d'une société».

En Angleterre, dans l'affaire Re N (Minors) (Abduction), [1991] 1 FLR, 413, le juge Bracewell a décidé, dans le contexte de l'application de la Convention que le mot «settled» («intégration» dans la Loi): **"has two constituents ...st, it involves a physical element of relating to, being established in, a community and an environnement. Secondly, I find that it has an emotional constituent denoting security and stability"**.

Dans l'affaire Droit de la famille-1427, [1991] R.J.Q. 2252 (C.S.), le juge Plouffe a accueilli une défense d'intégration à partir des considérations suivantes:

VU l'âge de K..., son apprentissage de la langue française, son insertion dans une nouvelle cellule familiale, sa fréquentation de l'école primaire ici au Québec, l'existence de nouveaux amis, son comportement en général et l'opinion de monsieur Séguin, le Tribunal conclut que l'intimée a établi par prépondérance de preuve que l'enfant s'est intégrée dans son nouveau milieu. Comme suite à ce qui précède, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que le Tribunal ordonne son retour aux États-Unis.

Dans l'affaire Droit de la famille -1763, [1993] RDF, 111 (sub nom. W.(V.) c. S.(D.) en Cour suprême), appelé à se prononcer sur une défense d'intégration, le juge Bellavance de la Cour supérieure écrit aux p. 117 et 120:

... Under these circumstances, I cannot bring myself to think that the integration of a child is only a question based on situational external facts like her now speaking a fairly good French, living in a nice little house, having friends and neighbors and church related activities like singing in choirs and being a member of a girl scout-like group called the "Pioneers."

...

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 civil aspects law (sic). 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.

L'arrêt de notre Cour qui confirme ce jugement est rapporté à [1993] R.J.Q. 2076 . Avec l'accord de ses collègues, la juge Deschamps affirme qu'il n'est pas erroné en droit de faire appel à un critère psychologique pour l'application de l'art. 20. Elle écrit à la p. 2084:

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.

Saisie du pourvoi à l'encontre de cet arrêt, la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur la défense d'intégration, étant d'avis que la Loi ne s'appliquait pas au litige. Cependant, considérant la requête comme en étant une pour la garde de l'enfant et, tenant compte du seul critère devant guider le tribunal, à savoir, le meilleur intérêt de l'enfant, la Cour suprême a déclaré bien fondé le dispositif du jugement de la Cour supérieure et rejeté le pourvoi.

Il ne fait pas de doute dans mon esprit qu'il y a plus que l'aspect matériel à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si un enfant est intégré à son nouveau milieu. L'aspect psychologique me paraît tout aussi important. Je suis également d'avis que l'âge de l'enfant et le temps écoulé depuis le non-retour sont des facteurs non négligeables. De surcroît, il y a lieu de tenir compte de l'opinion de l'enfant lors de l'examen d'une défense d'intégration lorsqu'il a atteint un âge et une maturité qui le justifient. L'intérêt de l'enfant doit en outre être une des considérations primordiales de la décision.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

_____ Le juge a rejeté la défense d'intégration en se basant sur les considérations suivantes:

Has the father "demonstrated" that the child is now settled in its new environment? The facts of this case lead me to the conclusion that the answer is "No". The child has adjusted to the circumstances of a normal child of that age. He has been inscribed in a local school whose curriculum vitae is commensurate with what is taught in the European Community.

...

In considering the interest of the child in the Divorce Act and the Civil Code of Quebec, I find that the child has been secreted here by his father. Here we have a child who was removed from his mother at two and a half years old.

The father decided to leave France and reconstitute himself in Montreal, he remarried and took up Canadian Citizenship. He constituted an environment for E... that ignored all ties with his mother and her family. He enrolled him in a school commensurate with his French-Spanish background. E... has been exposed to the Spanish language although his normal language is French.

The Court is of the opinion that the child has not "settled" in his new environment as provided for in the Convention.

Je n'ignore pas que les conclusions de fait du juge du procès doivent être traitées avec déférence et j'entends le faire. Cependant, nous sommes dans une position un peu particulière puisque nous avons entendu l'enfant alors que le juge a refusé de le faire au motif que **"no provision of law attributes capacity to act to an eight year old"**.

Avec respect, le juge aurait dû au moins rencontrer l'enfant qui le lui demandait. Nous avons été d'avis qu'il y avait lieu de le rencontrer et d'entendre ce qu'il voulait nous dire. Les échanges que nous avons eus avec l'enfant, en présence des avocats des parties, m'ont convaincu que l'enfant qui aura neuf ans le 15 janvier prochain a atteint un âge et une maturité qui nous justifient de tenir compte de son opinion, au moins dans une certaine mesure.

En effet, il s'agit d'un garçonnet d'une intelligence vive qui comprend la situation. À titre d'illustration, et de façon non exhaustive, il sait, et savait avant que débutent les procédures, que l'épouse de son père n'est pas sa mère: il l'appelle D..., alors qu'il appelle son père «papa». Lorsqu'on lui demande s'il sait ce qu'est la citoyenneté, il répond: je suis né en France, je suis Canadien et aussi Espagnol. Lorsqu'on lui demande s'il réussit bien en classe, il répond: «J'étais premier en deuxième, je suis deuxième pour l'instant». Invité à préciser son «pour l'instant», il dit: «Je peux être premier ou troisième».

Je souligne également que le juge n'a pas eu de preuve d'experts, ayant refusé d'en nommer un, et les parties n'en ayant pas fait entendre. La situation est donc fort différente de celle qui prévalait dans l'affaire W.(V.) c. S.(D.), précitée, alors que le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 159, rappelait «la déférence dont il y a lieu de faire preuve à l'endroit des conclusions de fait du juge du procès, qui a entendu toutes les parties intéressées ainsi qu'une longue preuve d'experts ... (Soulignement ajouté.)»

Avec égards, pour les raisons ci-après exposées, je suis d'avis que la défense d'intégration a été établie. De surcroît, il me paraît que l'enfant s'oppose à son retour justement parce qu'il est intégré au Québec et plus particulièrement à Montréal.

L'enfant a vécu en Espagne de janvier 1991 à août 1992, soit durant une période de 20 mois. Il n'y est pas retourné depuis l'âge de trois ans et demi alors qu'il aura bientôt neuf ans. Il n'a aucun souvenir de l'Espagne et déclare ne pas avoir reconnu sa mère lorsqu'il l'a rencontrée au printemps 1997.

Depuis son arrivée en 1992, l'enfant habite à Montréal, dans le même quartier. Il vit dans une maison confortable avec son père, l'épouse de celui-ci et son demi-frère. Il a deux passions qu'il partage avec son père: la lecture et le cinéma.

Il fréquente le Collège M... depuis trois ans. Le bulletin déposé au dossier révèle des notes et un comportement exceptionnels.

La langue d'usage de l'enfant est le français, mais il parle aussi l'espagnol. Il a des amis qu'il fréquente régulièrement. L'intimée a témoigné qu'à deux occasions son droit d'accès a été retardé de quelques heures à la demande de son fils qui allait célébrer l'anniversaire d'un ami.

Lors de l'une des rencontres avec sa mère, l'enfant l'a emmenée dans les librairies qu'il fréquente de même qu'à un centre commercial de son quartier.

L'enfant joue au soccer à l'école et fréquente un camp de vacances. Il a voyagé au Canada avec la famille.

Finalement, il y a le petit frère, dont le juge n'a pas parlé, mais qui occupe une place importante dans la vie d'E...; les photos produites au dossier nous font voir deux enfants heureux et en parfaite harmonie. Je suis d'avis qu'il s'agit d'un élément d'intégration très important que n'aurait pas dû ignorer le juge.

L'enfant me paraît n'avoir aucun problème psychologique et être parfaitement équilibré. Il n'a qu'une crainte: que des adultes ordonnent son retour en Espagne.

La question se pose de savoir si le juge qui conclut à l'intégration conserve néanmoins discrétion pour ordonner le retour de l'enfant. L'art. 18 de la Convention se lit ainsi:

Les dispositions de ce chapitre ne limitent pas le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment.

Au sujet de cet article 18, dans son **Rapport explicatif de la Convention**, madame le professeur Elisa Pérez-Vera écrit au numéro 112:

Finalement, l'article 18 signale que rien dans ce chapitre ne limite le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative saisie d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment. Rédigée sur la base de l'article 15 de l'avant-projet, cette disposition qui n'impose aucune obligation, souligne la nature non exhaustive, complémentaire, de la Convention. En effet, elle autorise les autorités compétentes à ordonner le retour

de l'enfant en invoquant d'autres dispositions plus favorables à ce but. Ceci peut surtout se produire dans les situations envisagées au deuxième alinéa de l'article 12, c'est-à-dire quand, du fait que l'autorité a été saisie après que se soit écoulé plus d'un an depuis le déplacement, le retour peut être refusé si l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu social et familial.

Or, la Loi ne reproduit pas l'article 18 de la Convention. Je suis donc d'avis qu'une fois établie, la défense d'intégration doit prévaloir. De toute façon, même si l'art. 18 de la Convention avait été intégré à la Loi, ma conclusion n'en serait pas modifiée.

La Loi et la Convention présument que l'intérêt de l'enfant coïncide avec son retour lorsque le non-retour n'a pas duré plus d'un an.

Cependant, je suis d'avis qu'il en va différemment lorsque l'absence a duré trois fois plus longtemps que l'habitation dans le pays de retour comme c'est le cas ici; que l'enfant, en âge de s'exprimer, manifeste son opposition au retour et que les faits révélés par la preuve permettent de qualifier cette opposition de raisonnable. Je suis d'avis que l'intérêt d'E..., dans les circonstances est de demeurer au Québec.

Étant arrivé à la conclusion que la défense d'intégration a été établie, je ne crois pas nécessaire ni opportun, en l'absence d'une preuve d'experts de me prononcer sur le troisième moyen à savoir, le risque grave d'un dommage psychique pour l'enfant et d'une situation intolérable s'il devait retourner en Espagne.

Quant au quatrième moyen, il est concédé qu'en vertu de l'art. 39 de la Loi, une condamnation aux frais engagés par un demandeur pour retrouver son enfant et obtenir l'ordonnance de retour ne peut être prononcée si le retour n'est pas ordonné.

En terminant, je ne puis que condamner la conduite du père. Cependant nous ne sommes ici concernés que par l'aspect civil du non-retour illicite et la Loi ne donne pas ouverture à une condamnation pénale quelconque.

Je propose donc, d'accueillir le pourvoi, sans frais, et de rejeter, sans frais, la requête de l'intimée en vue du retour immédiat en Espagne de l'enfant E...

ANDRE BIRON, J.C.A. (ad hoc)

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-005532-973**
(500-04-010132-976)

CORAM: LES HONORABLES DELISLE
NUSS, J.J.C.A.
BIRON, J.C.A.(ad hoc)

DROIT DE LA FAMILLE - 2785

OPINION DU JUGE NUSS

Je partage les opinions de mes collègues, les juges Jacques Delisle et André Biron; cependant, en ce qui concerne l'application de l'article 33 C.c.Q., je suis d'accord avec la réserve exprimée par le juge Delisle.

JOSEPH R. NUSS, J.C.A.

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: **500-09-005532-973**
(500-04-010132-976)

CORAM: LES HONORABLES DELISLE
NUSS, J.C.A.
BIRON, J.C.A. ad hoc

DROIT DE LA FAMILLE - 2785

OPINION DU JUGE DELISLE

J'ai lu l'opinion de mon collègue, le juge Biron. Sa narration des faits pertinents est complète; je n'entends pas la reprendre.

Bien que le Québec ait choisi, comme processus législatif, d'adopter une loi qui traite spécifiquement des aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants (la Loi), plutôt que d'incorporer dans une loi d'application le texte de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (la Convention), il n'en demeure pas moins que le Québec, dans la Loi, souscrit sans réserve aux principes à la base de la Convention. Le préambule de la Loi est clair à ce sujet:

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.

Suivant le préambule de la Convention, l'intérêt de l'enfant en est le facteur primordial⁽³⁾:

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

L'intérêt de l'enfant, dans l'esprit de la Convention, réside dans le retour de l'enfant dans le pays de son parent-gardien.

C'est en tenant compte de ce principe qu'il y a lieu d'appliquer la Loi. Celle-ci le véhicule d'ailleurs très bien puisque, après avoir posé comme but premier le retour de l'enfant retenu illicitement, la Loi énumère des éléments qui, si prouvés, permettent de déroger à ce but: intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, danger auquel le retour de l'enfant peut l'exposer, opposition de celui-ci à son retour, etc. Ces exceptions viennent mitiger la recherche du but premier de la Loi.

Sans porter un jugement de valeur sur la question, je préfère ne pas faire reposer sur des articles du Code civil du Québec la notion d'intérêt de l'enfant au sens de la Loi, dont l'adoption a pour but essentiel de donner suite à une convention internationale.

Il faut faire abstraction, dans l'application de la Loi, à la fois, de l'acte ignoble qu'a posé le parent qui a enlevé l'enfant et de toute compassion à l'égard du parent-gardien qui en a été privé illicitement. Seul l'intérêt de l'enfant doit prévaloir et cet intérêt réside dans son retour immédiat auprès du parent-gardien, à moins que la preuve d'une exception prévue par la Loi ne permette de déroger à ce but.

Ici, l'enfant, que j'ai eu l'occasion de rencontrer en présence de mes collègues, des avocates de ses mère et père et de l'avocat du mis en cause, s'oppose catégoriquement à son retour en Espagne. Il s'agit d'un enfant âgé de huit ans et dix mois (il aura neuf ans le 15 janvier 1998), attentif, éveillé et mature. Son opposition repose essentiellement sur le bien-être physique et psychologique que lui procure sa situation actuelle, qui est celle qu'il connaît depuis septembre 1992. Il est heureux dans son milieu familial; il aime et se sent aimé par la conjointe de son père; il a une relation normale avec son demi-frère; il excelle à l'école; il a des amis de son âge; il participe aux activités sociales de son école et profite du caractère culturel de certains lieux publics pour acquérir des connaissances additionnelles.

C'est là, depuis plusieurs années, le mode de vie de l'enfant.

Est-ce qu'il y a lieu, dans son intérêt, de recevoir son opposition à retourner en Espagne?

Il est évident que tout enfant, quelque mature qu'il soit, de l'âge de celui dont il s'agit ici, placé devant l'alternative de choisir entre une réalité et l'inconnu, n'hésitera pas à se cramponner au bonheur que lui procure son vécu.

Ici, l'enfant s'oppose essentiellement à son retour en Espagne parce qu'il est

heureux dans son milieu. L'en extraire équivaldrait à l'effondrement du seul monde dont il a pu prendre conscience.

Dans cette optique, l'intérêt de l'enfant justifie de recevoir son opposition à son retour en Espagne, d'autant plus que cette opposition émane d'un enfant mature.

Quant à savoir si l'article 39 de la Loi permet, dans le cas d'une ordonnance de non-retour, une condamnation au paiement des frais y mentionnés, il n'y a pas lieu d'analyser cette question étant donné la concession faite par l'avocate de l'intimée et l'avocat du mis en cause.

En terminant, je souhaite qu'il soit donné à l'enfant, par la procédure appropriée, l'opportunité de connaître l'immense amour que sa mère lui porte, tel qu'il se dégage du témoignage de celle-ci, et de séjourner dans le pays de celle-ci, afin de procurer un jour à sa mère l'amour dont le geste ignoble de l'appelant l'a privée.

Je conclus comme mon collègue, le juge Biron.

JACQUES DELISLE, J.C.A.

-
1. R.T. Can. 1992 N° 3, adoptée par l'assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1980.
 2. Arrêt Thomson, précité, à la p. 579 et arrêt W.(V.) c. S.(D.) précité, à la p. 131.
 3. Dans Thomson c. Thomson, [1994] 3 R.C.S. 551, le juge L'Heureux-Dubé écrit (à la p. 618):

Un examen du préambule de la Convention permet de conclure que l'intérêt de l'enfant est un facteur primordial.