

**PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL**

No: 500-09-007790-991

(700-04-005412-991)

(700-04-005414-997)

Le 11 novembre 1999

CORAM: LES HONORABLES GENDREAU
CHAMBERLAND, J.J.C.A.
DENIS, J.C.A. ad hoc

M... Ma...

APPELANT - Requéant

c.

È... L...

INTIMÉE - Intimée

_____ **LA COUR** , statuant sur le pourvoi de l'appelant contre un jugement de la Cour supérieure, district de Terrebonne, rendu le 9 février 1999 par le juge Jean-François de Grandpré, qui rejetait sa requête

demandant le retour de son enfant W... en Ontario et, après s'être déclarée compétente pour statuer sur la garde de l'enfant, accueillait la requête de l'intimée et lui en confiait la garde;

Après étude du dossier, audition et délibéré:

Pour les motifs énoncés par le juge Jacques Chamberland dans son opinion, jointe au présent arrêt, auxquels souscrit le juge Paul-Arthur Gendreau et pour les motifs énoncés par le juge André Denis dans son opinion, également jointe au présent arrêt;

ACCUEILLE le pourvoi;

INFIRME le jugement de la Cour supérieure;

ACCUEILLE la requête verbale de l'appelant à l'effet que la Cour supérieure du Québec n'a pas compétence pour statuer sur la garde de l'enfant mineur du couple;

REJETTE la requête pour garde de l'intimée; et enfin,

REJETTE la requête de l'appelant visant à assurer le retour de l'enfant en Ontario;

Le tout sans frais, tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel.

PAUL-ARTHUR GENDREAU, J.C.A.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

ANDRÉ DENIS, J.C.A. ad hoc

Me Sonia Heyeur

Avocate de l'appelant

Me Jean-Yves Filfe
FILFE, FILION & ASSOCIÉS
Avocat de l'intimée

Date d'audition: 26 octobre 1999
COUR D'APPEL

**PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL**

No: 500-09-007790-991
(700-04-005412-991)
(700-04-005414-997)

CORAM: LES HONORABLES GENDREAU
CHAMBERLAND, J.J.C.A.
DENIS, J.C.A. ad hoc

M... MA...,

APPELANT - Requérant

c.

È... L...,

INTIMÉE - Intimée

OPINION DU JUGE CHAMBERLAND

L'appelant se pourvoit contre le jugement de la Cour supérieure qui rejetait sa requête demandant le retour immédiat de l'enfant W... (né le [...] 1998) en Ontario et, après s'être déclarée compétente pour statuer sur la garde de l'enfant, accueillait la requête de l'intimée et lui en confiait la garde.

Le pourvoi soulève essentiellement la question de la compétence de la Cour supérieure de statuer sur la garde d'un enfant dont la fixation du domicile est perturbée par son déplacement récent vers le Québec, sans le consentement de son autre parent. Il est important de bien camper les circonstances du dossier avant d'analyser les questions de droit que soulève le pourvoi.

Les faits

Les parties, respectivement âgées de 26 et 23 ans, font vie commune en Ontario de mars 1997 à janvier 1999. De leur union naît W..., le [...] 1998. À cette époque, l'appelant travaille et l'intimée est en congé de maternité.

Les parties habitent une maison qu'elles louent ensemble dans la région de Toronto depuis septembre 1997. L'enfant a sa propre chambre, tout équipée avec des meubles et accessoires d'enfant.

W... naît avec une maladie sérieuse du cœur et des poumons. Il demeure aux soins intensifs jusqu'au 24 décembre 1998, date à laquelle il obtient son congé du Hospital for Sick Children de Toronto. Dans les mois qui suivent son retour à la maison il continue, et continue toujours, d'être sous supervision médicale.

Les parties ne vivent pas dans l'harmonie depuis un bon moment déjà. De fait, elles vivent séparées, tout en demeurant sous le même toit, depuis août 1998, soit bien avant la naissance de W... Dès cette époque, l'intimée informe l'appelant de son désir de retourner vivre au Québec; elle continue d'exprimer le même souhait après la naissance de l'enfant, mais l'appelant s'y

oppose puisqu'il ne veut pas être séparé de son fils.

L'intimée prévoit prendre des vacances chez ses parents, à St-J... Soupçonneux, l'appelant lui demande de s'engager par écrit à revenir à Toronto, avec l'enfant; l'intimée refuse. Le départ est prévu pour le 2 février 1999. Or, le rendez-vous médical de l'enfant étant devancé, l'intimée quitte avec W... le 28 janvier 1999, sans que l'appelant ne le sache. L'intimée lui laisse une note disant qu'elle sera de retour dans quatre semaines.

Le soir du 28 janvier 1999, et de nouveau le lendemain, les parties se parlent au téléphone. L'appelant apprend alors que l'intimée n'a pas l'intention de revenir vivre en Ontario et qu'elle veut demeurer au Québec, avec leur fils.

Le 3 février 1999, l'appelant obtient ex parte une ordonnance lui accordant la garde intérimaire de W... et le droit de ramener ce dernier en Ontario où une audition au fond doit avoir lieu le 15 février 1999.

Le lendemain, procédant toujours ex parte, l'appelant obtient de la Cour supérieure, siégeant à St-J..., une ordonnance intérimaire enjoignant notamment l'intimée de lui remettre W..., l'audition de sa requête demandant au tribunal d'ordonner le retour immédiat de l'enfant à Toronto étant fixée au 5 février 1999. Les huissiers se présentent au domicile de l'intimée pour prendre l'enfant et le remettre à l'appelant, ce qui convainc celle-ci de suivre l'appelant jusqu'à un motel de la région pour y passer la nuit, étant donné qu'elle allaite toujours son enfant.

Le 5 février 1999, l'intimée signifie une requête pour garde et pension alimentaire à l'appelant. Et les parties se présentent le même jour en Cour supérieure, à St-J...

Le jugement de première instance

Le premier juge examine tout d'abord la question de la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de l'enfant. Il invoque à l'appui de son raisonnement les articles 33, 75, 76, 80, 3083 et 3142 du Code civil du Québec. Il passe ensuite en revue la preuve faite devant lui pour conclure:

The Court has been favourably impressed by the mother's attitude; the proof of her intention to remain in Québec is sufficient to conclude in her favor on the issue of jurisdiction and to conclude that she is fully qualified to properly take care of W... This is not to say that the father is not a good parent. In the present circumstances, the Court does not believe that it is in the interest of the child that he be in the custody of the father.

CONSIDERING that Ms. L...'s domicile is in the province of Québec,

CONSIDERING that W...'s residence has always been with his mother and father but that the mother has been the most significant and important parent to W... given his tender age, the fact that he is being breast-fed, the fact that notwithstanding that the father could work at home, the mother's only occupation for the time being is to look after her infant son;

CONSIDERING that it is in W...'s best interest that he be domiciled with his mother;

CONSIDERING that there is no evidence that the medical care which W... will receive in the province of Québec will present any form of risk to his health;

Satisfait de la compétence de la Cour supérieure, le juge de première instance rejette la requête de l'appelant, accueille celle de l'intimée et lui confie la garde de W..., tout en ajournant à une date ultérieure la question des autres mesures accessoires.

Analyse

Le pourvoi soulève essentiellement la question de la compétence de la Cour supérieure de statuer sur la garde d'un enfant dont la détermination du domicile est perturbée par son déplacement récent vers le Québec, sans le consentement de son autre parent. Si la Cour supérieure est compétente, comme en a décidé le premier juge, sa décision de confier la garde de l'enfant à l'intimée est raisonnable, fondée sur la preuve et ne requiert pas

l'intervention de cette Cour. Par ailleurs, si, comme je le crois, avec égards pour le premier juge, la Cour supérieure n'est pas compétente, la question de l'attribution du droit de garde doit être tranchée en Ontario et il restera alors à décider du sort de la requête de l'appelant pour que l'enfant y retourne.

La compétence de la Cour supérieure du Québec

À ce stade de mon analyse, je souligne combien il est malheureux que, malgré son titre, la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., c. A-23.01 ne s'applique pas encore aux déplacements illicites d'enfants entre le Québec et les autres provinces canadiennes. Comme chacun le sait, cette loi, qui incorpore dans le corpus législatif québécois les principes et les règles établis par la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (25 octobre 1980), prévoit un mécanisme simple pour assurer, lorsque les conditions d'application existent, et sous réserve des quelques exceptions y prévues, le rétablissement du statu quo et ainsi permettre que la décision finale sur la garde soit prise par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement. Le mécanisme prévu par cette loi garantit, dans l'intérêt de l'enfant, le rétablissement de la situation altérée par l'action du parent enleveur et évite que l'action de ce dernier soit légalisée par les autorités de l'État où il a trouvé refuge.⁽¹⁾

La loi précitée ne s'appliquant pas, il faut donc s'en remettre au seul Code civil.

L'article 3142 C.c.Q. édicte:

Art. 3142. Les autorités québécoises sont compétentes pour statuer sur la garde d'un enfant pourvu que ce dernier soit domicilié au Québec.

Dans ses commentaires sur cet article, le ministre de la Justice écrit, à la page 2005:

Commentaire

Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye qui a été mise en œuvre au Québec par le chapitre A-23.01 des Lois refondues. Il établit une concordance, en ce qui concerne la compétence juridictionnelle, avec l'article 3093 relatif à la loi applicable à la garde. Il ne vise que les demandes de garde indépendantes des actions en séparation de corps ou en divorce.

Le tribunal québécois se déclarait compétent, en vertu de l'article 70 C.P.C., pour décider de la garde d'un enfant qui n'était pas domicilié au Québec, lorsque celui de ses parents, avec lequel l'enfant ne résidait pas, était domicilié au Québec.

L'intérêt véritable de l'enfant et le respect de ses droits devant être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet, en vertu de l'article 33, cet intérêt et les droits doivent être examinés à la lumière de la loi du lieu de son domicile, entendu dans le sens de l'article 80 du nouveau code.

(je souligne)

L'article 3093 C.c.Q. se lit ainsi:

3093. La garde de l'enfant est régie par la loi de son domicile.

Dans ses commentaires, le ministre de la Justice écrit, à la page 1964:

Commentaire

Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye qui a été mise en œuvre au Québec par le chapitre A-23.01 des Lois refondues. Il vise les demandes de garde indépendantes des actions en séparation de corps ou en divorce. L'intérêt véritable de l'enfant et le respect de ses droits demeurent les motifs déterminants des décisions prises à son sujet, ce qui rejoint l'article 33, et cet intérêt et les droits doivent être examinés à la lumière de la loi du lieu du domicile de l'enfant. Cette loi paraît être la plus compétente pour déterminer la garde, étant donné qu'il s'agit de la loi de l'État où l'enfant a son milieu de vie. Le domicile de l'enfant est déterminé à l'article 80.

Ayant à l'esprit la protection des enfants, il faut lire l'article 3140 qui confère aux tribunaux québécois une certaine compétence dans des circonstances exceptionnelles.

(je souligne)

L'article 80 C.c.Q.:

Art. 80. Le mineur non émancipé a son domicile chez son tuteur.

Lorsque les père et mère exercent la tutelle mais n'ont pas de domicile commun, le mineur est présumé domicilié chez celui de ses parents avec lequel il réside habituellement, à moins que le tribunal n'ait autrement fixé le domicile de l'enfant.

Au sujet de cet article, le ministre de la Justice commente, aux pages 63 et 64:

Commentaire

Le premier alinéa de cet article reprend le principe de l'article 83 C.c.B.C. qui établissait que le mineur est domicilié chez son tuteur. Les père et mère étant les tuteurs légaux du mineur, le rôle de parent se confond généralement avec celui de tuteur.

Le second alinéa s'inspire aussi de l'article 83 C.c.B.C., mais il le modifie pour tenir compte, d'une part, de la création de la tutelle légale des père et mère et, d'autre part, des diverses modalités possibles dans l'octroi de la garde d'un enfant. Certes, le mineur a toujours, suivant les articles 192 et suivants, un tuteur pour le représenter dans l'exercice de ses droits civils, chez qui il est domicilié, mais les père et mère étant tuteurs légaux, il survient une difficulté dès lors qu'ils vivent séparés et ont un domicile distinct. L'article présume, alors, que le mineur est domicilié chez le parent avec lequel il réside habituellement, sauf décision autre du tribunal.

(je souligne)

Je retiens de ces articles que, conformément à la position prise par le Québec en matière d'enlèvement international d'enfants, le législateur québécois a introduit la notion de «résidence habituelle» dans la question de la fixation du domicile de l'enfant mineur. Lorsque les parents, qui sont de plein droit ses tuteurs, vivent ensemble, l'enfant a son domicile à cet endroit; c'est le premier alinéa de l'article 80 C.c.Q. Par contre, lorsque les parents n'ont pas de domicile commun, l'enfant est présumé domicilié chez celui de ses parents avec lequel il «réside habituellement»; c'est le second alinéa de l'article 80 C.c.Q., lequel prévoit également une exception lorsque le tribunal a fixé le domicile de l'enfant ailleurs qu'au lieu de sa «résidence habituelle».

Commentant le second alinéa de l'article 80, les professeurs Édith Deleury et Dominique Goubau écrivent:

303. *Les situations particulières.* Lorsque le père et la mère tuteurs ont des domiciles distincts, le mineur, dispose l'article 80, al. 2 C.c.Q., est réputé domicilié chez celui de ses parents chez qui il réside habituellement, à moins que le tribunal n'ait fixé son domicile autrement. En l'absence de décision judiciaire et «à égalité d'attraction, c'est la réalité concrète de la résidence» qui, ici encore, permettra de déterminer le domicile de l'enfant.⁽²⁾

La compétence de la Cour supérieure à statuer sur la garde d'un enfant dont les parents ne vivent plus ensemble dépend donc de la «résidence habituelle» de l'enfant. Le législateur harmonise ainsi le droit

civil québécois avec les principes de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants, principes auxquels le Québec affirmait souscrire dans le préambule de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants.

Si la «résidence habituelle» de l'enfant est à l'extérieur du Québec, la Cour supérieure doit donc, en principe, décliner compétence.

On peut se demander pourquoi le législateur a utilisé l'expression «réside habituellement» alors que l'article 77 C.c.Q. édicte déjà que «la résidence d'une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle [...]». S'agit-il d'une redondance? S'agit-il de l'affirmation d'une volonté d'harmoniser le vocabulaire du Code civil au vocabulaire du droit international quand il s'agit de l'enfant d'un couple qui ne vit plus ensemble? Même s'il n'est pas nécessaire d'en décider pour trancher le présent pourvoi, j'opterais pour la deuxième hypothèse. À tout événement, sauf exception, le domicile d'un enfant dont les parents ne partagent pas le même domicile coïncide donc avec sa «résidence habituelle».

Le choix de cette notion de «résidence habituelle» est voulu. Il évite toute discussion quant à l'intention de l'un ou l'autre des parents d'établir son domicile à un endroit plutôt qu'à un autre. Il introduit dans la détermination du domicile de l'enfant mineur d'un couple qui ne vit plus ensemble des éléments objectifs et concrets, plus facilement mesurables par le tribunal que lorsqu'il s'agit de sonder les intentions des parties. Il s'agit d'une notion connue en droit international (voir notamment ce que j'écrivais à ce sujet dans Droit de la famille - 2454, [1996] R.J.Q. 2509, aux pages 2523-2524).

C'est donc à tort à mon avis que le juge de première instance s'appuie sur l'intention de l'intimée «to remain in Quebec» pour conclure à la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W... Appliquant le test de la «résidence habituelle», le premier juge aurait dû conclure qu'au moment où il se saisissait du litige opposant les parties, au début de février 1999, la «résidence habituelle» de W... était à Toronto, Ontario. Il y était né et il y avait vécu, avec ses deux parents, depuis sa naissance jusqu'au 28 janvier 1999. Il y avait été hospitalisé pendant

plusieurs semaines après sa naissance et, jusqu'au moment de son départ, il était sous les soins d'un médecin de l'endroit. Il avait une chambre bien à lui, équipée de meubles et accessoires d'enfants, dans la maison que ses parents louaient à Toronto. Tous ces facteurs, objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents, devaient amener le juge de première instance à conclure que la résidence habituelle de W... était à Toronto, où demeurait toujours son père, et qu'il y avait donc son domicile au sens de l'article 80 C.c.Q. Appliquant l'article 3142 C.c.Q., le juge de première instance devait conclure, dans les circonstances de l'espèce, à l'absence de compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W...

D'aucuns, à l'instar du premier juge, pourraient prétendre qu'au moment où la Cour supérieure est saisie du dossier, la résidence habituelle de l'enfant coïncide avec celle de l'intimée puisque celle-ci est maintenant établie à St-J..., qu'elle s'occupe bien de l'enfant et qu'elle n'a clairement pas l'intention de retourner en Ontario. Avec égards pour les tenants de cette position, je ne crois pas qu'il puisse en être ainsi lorsque, comme en l'espèce, la situation actuelle a été créée par le déplacement illicite de l'enfant. En effet, jusqu'à ce que l'intimée décide d'emmener W... au Québec, le 28 janvier 1999, les deux parents en exerçaient conjointement la garde. Le déplacement de l'enfant s'est fait sans le consentement de l'appelant, hors même sa connaissance. Il n'a pas non plus acquiescé à ce déplacement, une fois informé des événements; ses actions le prouvent. Il s'agit donc d'un déplacement illicite, fait en violation du droit de garde de l'appelant.

S'agissant d'un déplacement illicite, je crois qu'il serait tout à fait inapproprié de tenir compte des faits postérieurs à ce déplacement pour déterminer le lieu de la «résidence habituelle» de l'enfant. Le déplacement illicite d'un enfant ne peut pas fonder un changement légal de son domicile. La proposition contraire ne ferait qu'encourager les parents insatisfaits d'une juridiction à prendre la Justice entre leurs mains et de changer de juridiction dans l'espoir, conscient ou non, d'y avoir une oreille plus attentive de la part des tribunaux. La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants vise à décourager ce type de comportement; l'article 3142 C.c.Q. et, par ricochet, le deuxième alinéa de

l'article 80 C.c.Q. vont dans le même sens et permettent également aux autorités judiciaires québécoises de décourager ces comportements⁽³⁾, même dans les cas où la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants ne s'applique pas.

Il est intéressant de noter, sur le même sujet, ce qu'écrit le professeur Gérard Cornu à propos de l'article 108, alinéa 2, du Code civil français:

649. L'article 108, al. 2, du Code civil énonce: «Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère». De droit, le mineur est domicilié chez ses parents, du moins lorsque ceux-ci ont le même domicile. Lorsque ses père et mère ont des domiciles distincts, le mineur est domicilié chez celui de ses parents avec lequel il réside (C. civ. art. 108-2, al. 2). A égalité d'attraction, c'est la réalité concrète de sa résidence personnelle qui fait pencher la balance et lui assigne un domicile. Encore faut-il que cette résidence ne résulte pas d'une voie de fait, illicéité qui ne peut fonder un changement légal de domicile (d'où le maintien de la compétence du juge du domicile conjugal pour statuer sur la garde de l'enfant, lorsque l'un des époux, ayant rompu la communauté de vie, prend seul ensuite l'initiative d'emmener l'enfant avec lui).⁽⁴⁾

(je souligne)

Les circonstances ne donnent pas non plus ouverture à l'application de l'article 3136 C.c.Q. Le débat sur la garde de W... peut fort bien se faire en Ontario. Personne ne peut sérieusement soutenir, à mon avis, qu'«une action [s'y] révèle impossible» au sens de l'article 3136 C.c.Q. Le retour de l'affaire en Ontario créera certaines difficultés à l'intimée mais ces difficultés sont mineures et, il ne faut pas le perdre de vue, découlent du geste posé par celle-ci. L'article 3140 C.c.Q. ne peut pas plus recevoir application pour faire échec au retour de l'affaire en Ontario pour qu'il y soit statué sur le droit de garde; pour s'en convaincre, il suffit de lire les commentaires du ministre de la Justice (page 2003).

Le retour de l'enfant

Le pourvoi pose aussi le problème du retour de l'enfant au lieu de sa résidence, avant son déplacement. En première instance, fort d'une ordonnance de la Cour de l'Ontario (division générale) lui accordant la garde

intérimaire de l'enfant et ordonnant son retour, l'appelant, se fondant sur les articles 20 et 813.8 C.p.c. et 32 à 34 C.c.Q., demandait à la Cour supérieure d'ordonner le retour immédiat de l'enfant en Ontario, où la question de la garde devait être tranchée le 15 février 1999.

De fait, elle ne le fut pas et les autorités ontariennes, lorsqu'informées du jugement dont appel le 15 février dernier, disposèrent de la demande de monsieur Ma... dans les termes suivants: «Action stayed. This Court's jurisdiction has been swallowed up by the Quebec court, subject to any appeal decisions reinstating it».

Le volet de l'ordonnance du 3 février 1999 ordonnant le retour de l'enfant en Ontario est aujourd'hui caduc. Que faire? Quel est le fondement juridique d'une ordonnance visant le retour de l'enfant au lieu de sa «résidence habituelle»?

Ce problème illustre éloquemment les difficultés liées au fait que la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants ne s'applique pas au déplacement illicite d'un enfant entre le Québec et l'Ontario. En effet, cette loi prévoit expressément le retour immédiat de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle, sauf les exceptions prévues par la loi. La demande du parent confronté à une telle situation se fonde alors sur la loi. Par ailleurs, lorsque cette loi ne s'applique pas, le requérant est bien embêté d'appuyer sa demande sur une disposition législative précise. En effet, le Code civil ne contient pas de disposition assurant le retour de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle lorsque les autorités québécoises doivent décliner compétence pour statuer sur le droit de garde; ici, l'appelant a invoqué les articles 20 et 813.8 C.p.c. et 32 à 34 C.c.Q.

Bien que je sois enclin à croire que le retour de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle est le corollaire obligé de l'absence de compétence de la Cour supérieure à décider du droit de garde concernant cet enfant, et qu'en ce sens, le recours aux articles 20 et 813.8 C.p.c. et 32 à 34 C.c.Q. (et, possiblement même, à l'article 3140 C.c.Q.) suffit pour constituer le fondement juridique d'une ordonnance de retour, je m'abstiens de trancher définitivement la question puisqu'en l'espèce, je ne crois pas qu'il y ait lieu de

retourner l'enfant. Premièrement, la question de la garde pourra être tranchée en Ontario sans que W... ait à y être présent. Il a à peine un an; il ne s'agit donc pas d'un cas où le juge ontarien pourrait vouloir rencontrer l'enfant et avoir son avis. Deuxièmement, l'ordonnance du tribunal ontarien visant à assurer le retour de W... à Toronto est aujourd'hui caduque; il ne s'agit donc plus de rendre une ordonnance visant à reconnaître et à faciliter l'exécution de cette décision. Troisièmement, et de façon plus générale, l'intérêt de W... commande qu'il demeure ici pour l'instant jusqu'à ce que les questions entourant sa garde aient été tranchées par le tribunal ontarien, seul compétent, dans les circonstances du présent dossier, pour en statuer. À l'audience, les parties nous informaient que son état de santé était toujours fragile; elles ont d'ailleurs craint pour sa vie au début de l'été.

En somme, je propose d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour supérieure, d'accueillir la requête verbale de l'appelant voulant que la Cour supérieure du Québec n'ait pas compétence pour statuer sur la garde de l'enfant mineur du couple, de rejeter la requête pour garde de l'intimée et enfin, de rejeter la requête de l'appelant en vue du retour de W... en Ontario, le tout sans frais, tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel, étant donné la nouveauté relative de la question soulevée par le pourvoi.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

No: 500-09-007790-991

(700-04-005412-991)

CORAM: LES HONORABLES GENDREAU

CHAMBERLAND, J.J.C.A.

DENIS, J.C.A. (ad hoc)

M... Ma...

APPELANT (requérant)

c.

E... L...

INTIMÉE (intimée)

OPINION DU JUGE DENIS

Je partage pour l'essentiel l'opinion du juge Chamberland et disposerais du pourvoi comme il le suggère. J'aurai cependant les commentaires suivants.

Il s'agit d'un cas particulier où un jeune couple a vécu des événements exceptionnels. Le départ de Madame de Toronto avec l'enfant en laissant un mot à son conjoint, même si on peut le comprendre, constituait une erreur de jugement.

L'appelant a toujours su où étaient la mère et l'enfant et devait leur rendre visite à la mi-février. Quand il se présente en Cour supérieure d'Ontario pour obtenir ex parte une ordonnance de retour de l'enfant en fournissant au tribunal des renseignements parcellaires sinon inexacts, il trompe la Cour. De même en faisant valider cette ordonnance, toujours ex parte, par un juge de la Cour supérieure de St-J...

Ce qui mène à la scène surréaliste où huissiers et policiers viennent

«prendre possession» d'un enfant naissant, malade, que sa mère allaite pour l'amener de la résidence de sa grand-mère vers un hôtel de la région. J'ai peine à voir qui se souciait du bien-être de l'enfant dans cet événement.

Contrairement à mon collègue Chamberland, je n'arrive pas à voir dans les faits sous étude quelque rattachement à la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants et encore moins à la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Rien dans la présente affaire ni de près, ni de loin ne peut se rapporter à la notion d'enlèvement... sauf dans ce que l'appelant a exprimé ex parte au juge de la Cour supérieure d'Ontario ou à celui du Québec lorsqu'il a obtenu une ordonnance de remise de l'enfant avec les conséquences que l'on sait.

L'enlèvement d'enfant n'a jamais eu telle toile de fond. Je ne vois ni «parent enleveur», ni «déplacement illicite» par la mère, mais un jeune couple aux prises avec des difficultés existentielles qui le dépassent. Avec égards, la loi et la convention précitées ne sont d'aucune utilité dans cette affaire.

Est-il besoin de rappeler que W... est un enfant très malade qui était à l'article de la mort en juin dernier et, qu'à l'audition, l'appelant demandait encore son déplacement vers Toronto.

Il reste qu'en droit, même s'il n'y a vécu que quelques semaines, le domicile de W... était à Toronto où était sa résidence habituelle.

L'intimée n'a pas plaidé les articles 3136 et 3140 C.c.Q. et je ne crois pas utile d'émettre d'opinion à ce sujet me réservant de le faire ultérieurement.

Enfin, l'audition nous apprend que l'intimée est retournée chez son employeur québécois où elle a épuisé sa banque de congé-maladie à cause de la maladie de son fils. Vu le jugement de la Cour, elle devra se déplacer en Ontario pour l'audition de la requête pour garde d'enfants.

Au-delà du conflit qui les anime, les parties voudront sans doute se

concentrer sur l'intérêt de W... qui n'a pas encore un an et dont la vie n'a pas été à ce jour, on en conviendra, un long fleuve tranquille...

ANDRÉ DENIS, J.C.A. (ad hoc)

1. Plus généralement, sur ce sujet, voir le Rapport explicatif de madame le professeur Eliza Pérez-Vera dans les Actes et documents de la Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (1980), édités par le Bureau Permanent de la Conférence.
2. Édith Deleury et Dominique Goubau, Le droit des personnes physiques, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, Cowansville, pp. 244-245; la citation à l'intérieur de la citation est de Gérard Cornu, Droit civil - introduction, les personnes, les biens, t.1, Paris, Montchrestien, 1988, no 649, p. 228.
3. Voir à ce sujet, les propos du juge Gilles Blanchet dans Droit de la famille - 3201, [1999] R.D.F. 63 , particulièrement à la page 67; et Da Silva c. Brouillard, C.A. Montréal 500-09-008553-992, le 8 octobre 1999, les juges Rothman, Rousseau-Houle et Robert.
4. Gérard Cornu, Droit civil - introduction, les personnes, les biens, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, no 649, p. 247.