

D.S. *Appellant*

v.

V.W. *Respondent*

and

J.S. *Mis en cause*

and

Rodrigue Blais *Mis en cause*

INDEXED AS: W. (V.) v. S. (D.)

File No.: 23765.

1995: December 6; 1996: May 2.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Wrongful removal or retention of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father while mother's motions to modify and enforce her access rights pending in American court — Interim custody of child granted to mother by American court after child's removal to Quebec — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States under Quebec statute on international child abduction — Whether statute applicable to circumstances of case — Concept of custody under Quebec statute and convention on international child abduction — Distinction between rights of custody and rights of access — Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, ss. 2, 3, 4 — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5.

Family law — Rights of custody — Interests of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken

D.S. *Appelant*

c.

V.W. *Intimée*

et

J.S. *Mise en cause*

et

Rodrigue Blais *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: W. (V.) c. S. (D.)

N° du greffe: 23765.

1995: 6 décembre; 1996: 2 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Déplacement ou non-retour illécite d'un enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père alors que des requêtes de la mère pour faire modifier et respecter ses droits de visite étaient pendantes devant un tribunal américain — Garde intérimaire de l'enfant accordée à la mère par un tribunal américain après le déplacement de l'enfant au Québec — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la loi québécoise sur l'enlèvement international d'enfants — Cette loi s'applique-t-elle aux circonstances de l'affaire? — Notion de garde au sens de la loi québécoise et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Distinction entre droit de garde et droit de visite — Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, art. 2, 3, 4 — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5.

Droit de la famille — Droit de garde — Intérêt de l'enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain —

from United States to Quebec by father — Interim custody of child later granted to mother by American court — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States — Whether Superior Court had jurisdiction to rule on custody of child under Quebec civil law and to order child's return to United States — Civil Code of Lower Canada, art. 30 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 46.

The parties were divorced in 1988 and a Maryland court granted custody of the child to the father and supervised access to the mother. In November 1989, the father moved to Michigan with the child. The mother then filed various motions in Maryland to modify and enforce her access rights. The parties agreed on a schedule of supervised visits and the father agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence at the hearing into the mother's motions. The agreement was ratified by a Maryland court. In the interim, in February 1990, the father moved to Quebec with the child without consulting or notifying the mother. On May 8, 1990, after the mother filed a new petition, a Maryland court awarded custody of the child to her *ex parte*, "pending any further hearings on the issue of custody and visitation at the request of either party". One year later, the father filed a motion in the Quebec Superior Court for custody of the child and the mother countered by filing a motion in which she applied for the child's return to the United States under *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction* (the "Act"). The parties recognized that the Act, which gives effect to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (the "Convention"), was applicable to the proceedings. The Superior Court dismissed the father's motion and ordered the child's return to the United States. The Court of Appeal confirmed the order for return made under the Act. This appeal is to determine whether the Superior Court and the Court of Appeal erred in applying the Act to the circumstances of this case.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The reasons of L'Heureux-Dubé J. are agreed with, subject to McLachlin J.'s comments in *Goertz* on rights and obligations of custodial parents.

Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père — Garde intérimaire de l'enfant subséquemment accordée à la mère par un tribunal américain — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis — La Cour supérieure avait-elle compétence pour se prononcer sur la garde de l'enfant en se fondant sur le droit civil québécois et pour ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis? — Code civil du Bas Canada, art. 30 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46.

Les parties divorcent en 1988 et un tribunal du Maryland confie la garde de l'enfant au père et accorde des droits de visite supervisée à la mère. En novembre 1989, le père déménage au Michigan avec l'enfant. La mère présente alors au Maryland différentes requêtes pour faire modifier et respecter ses droits de visite. Les parties s'entendent sur un horaire de visites supervisées et le père s'engage à faire subir à l'enfant, au Michigan, une évaluation psychiatrique devant être soumise en preuve lors de l'audition des requêtes de la mère. Cette entente est entérinée par un tribunal du Maryland. Entre-temps, en février 1990, le père déménage au Québec avec l'enfant, sans consulter ni prévenir la mère. Le 8 mai 1990, à la suite d'une nouvelle requête de la mère, un tribunal du Maryland lui confie *ex parte* la garde de l'enfant «jusqu'à ce qu'il y ait d'autres procédures sur la question de la garde ou du droit de visite à la demande de l'une ou l'autre des parties». Un an plus tard, le père dépose devant la Cour supérieure du Québec une requête pour la garde de l'enfant et la mère, par requête reconventionnelle, réclame le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* (la «Loi»). Les parties reconnaissent que cette loi, qui entérine la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (la «Convention»), s'applique au litige. La Cour supérieure rejette la requête du père et ordonne le retour de l'enfant aux États-Unis. La Cour d'appel confirme l'ordonnance de retour fondée sur la Loi. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en appliquant la Loi aux circonstances de l'affaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés, sous réserve des observations formulées par le juge McLachlin dans *Goertz* sur les droits et obligations des parents gardiens.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Even though the parties admitted that the Act was applicable to the proceedings, the courts are not bound by that admission. The parties cannot attribute jurisdiction to a court that it does not have. In this case, the determination of whether the Act is applicable depends on the definition of the concept of custody under the Convention and the Act.

The Convention is designed to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the state of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access. The mandatory return procedure provided for in the Convention is set in motion only where a child has been removed or retained in breach of rights of custody — and not rights of access only. The administrative organizations of the Central Authorities designated by the states parties to the Convention are responsible for securing respect for rights of access. Thus, the Convention makes a clear distinction between rights of access, which “include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence”, and rights of custody, which are defined as “includ[ing] rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. The primary object of the Convention is the enforcement of custody rights. Although what the Convention means by “rights of custody” must be determined independently of the domestic law of the jurisdictions to which it applies, the question of who holds the “rights relating to the care of the person of the child” or the “right to determine the child’s place of residence” within the meaning of the Convention is in principle determined in accordance with the law of the state of the child’s habitual place of residence.

Although it does not adopt the integral wording of the Convention, the sole purpose of the Act is to give effect thereto. The interdependence of the Convention and the Act is recognized both in the preamble to the Act, which states that “Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention”, and in s. 1 thereof, which states the common objects of the Act and the Convention. Furthermore, the Act adopts verbatim the Convention’s definitions of rights of custody and rights of access. This interdependence suggests an interpretation of ss. 3 and 4 of the Act that gives full effect to the object of the Convention while taking the guidelines set out in *Thomson* into account.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Même si les parties ont reconnu que la Loi s’appliquait au litige, les tribunaux ne sont pas liés par cette reconnaissance. Les parties ne sauraient attribuer à une cour une compétence qu’elle ne possède pas. Dans le présent litige, la réponse à la question concernant l’application de la Loi dépend de la définition de la notion de garde figurant dans la Convention et la Loi.

La Convention vise à protéger l’enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicites et à établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l’enfant dans l’État de sa résidence habituelle, ainsi qu’à assurer la protection du droit de visite. En vertu de la Convention, seul le déplacement ou le non-retour d’un enfant ayant lieu en violation d’un droit de garde — et non d’un simple droit de visite — déclenche le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Convention. Quant au droit de visite, la tâche d’en assurer le respect est laissée aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention. La Convention établit donc une distinction claire entre le droit de visite, qui «comprend le droit d’emmener l’enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle», et le droit de garde, défini comme «compre[n]ant le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». L’objectif principal de la Convention est l’exécution du droit de garde. Bien que la détermination de ce que la Convention entend par «droit de garde» doive se faire indépendamment du droit interne des juridictions auxquelles elle s’applique, la question de savoir qui détient le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant» ou encore «celui de décider de son lieu de résidence» au sens de la Convention est en principe déterminée selon la loi de l’État du lieu de résidence habituelle de l’enfant.

Même si elle n’adopte pas intégralement le texte de la Convention, la Loi a uniquement pour but de lui donner effet. L’interdépendance de la Convention et de 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. De plus, la Loi reprend sans changement les définitions du droit de garde et du droit de visite prévus par la Convention. Cette interdépendance incite à donner aux art. 3 et 4 de la Loi une interprétation qui traduit pleinement l’objectif de la Convention, tout en tenant compte des principes établis dans l’arrêt *Thomson*.

Section 3 of the Act, which is based on the wording of the Convention, triggers the application of the Act and its mandatory return procedure only where a child is removed or retained in breach of rights of custody within the meaning of the Act, as opposed to rights of access only. Although an interim custody order combined with an order restricting the removal of a child might temporarily deprive the person awarded custody of the right to determine the child's place of residence by making any removal of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, aside from this exception, the concept of custody under the Act must be given a large and liberal interpretation. A narrow reading would contradict the very object of the Act, namely to protect rights of custody and the exercise of the attributes thereof, including the choice of the child's place of residence. Since the foundation of the Act, like that of the Convention, is the rapidity of the mandatory return process and the principle that the merits of issues related to the custody of children who have been wrongfully removed or retained are to be determined by the courts of their habitual place of residence, the very philosophy of the Act militates against bringing the unsettled factual basis of a custody order into play at this stage of the exercise.

As for s. 4 of the Act, which represents an original initiative by the Quebec legislature, it merely expands the concept of "wrongful removal" under s. 3 of the Act; it does not broaden the definition of rights of custody. Under s. 4, a child's removal or retention is wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying rights of custody have been introduced in Quebec or in the designated state where the child was habitually resident and if the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered. By taking account of the fact that custody rights obviously become unsettled when the right to apply for a modification thereof has been exercised, s. 4 ensures that the execution of the custody order that is eventually made will not be frustrated by the untimely removal of the child.

Finally, when a court finds that there has been a wrongful removal within the meaning of s. 3 or 4 of the Act, it must automatically order the return of the child unless the person who opposes that return can prove that the situation falls within one of the exceptions provided for in s. 20 of the Act, such as the settlement of the child in his or her new environment. Those exceptions must be interpreted narrowly.

The Superior Court and the Court of Appeal erred in applying the Act to the circumstances of this case. The

L'article 3 de la Loi, qui s'inspire textuellement de la Convention, ne déclenche l'application de la Loi et son mécanisme de retour automatique que lorsque le déplacement ou le non-retour d'un enfant a lieu en violation d'un droit de garde au sens de la Loi, par opposition à un simple droit de visite. Même si une ordonnance provisoire de garde assortie d'une ordonnance restreignant le déplacement d'un enfant peut priver temporairement la personne à qui la garde a été confiée du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant, rendant tout déplacement de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi, à cette exception près la notion de garde au sens de la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale. Une interprétation restrictive irait à l'encontre de l'objectif même de la Loi, soit la protection du droit de garde et l'exercice de ses attributs, dont le choix du lieu de résidence de l'enfant. Puisque la Loi, comme la Convention, est fondée sur la rapidité du processus de retour obligatoire et sur le principe que le fond du droit de garde des enfants illicitement déplacés ou retenus doit être déterminé par les tribunaux du lieu de leur résidence habituelle, la philosophie même de la Loi s'oppose à ce que la précarité factuelle d'une ordonnance de garde entre en jeu à ce stade de l'exercice.

Quant à l'art. 4 de la Loi, qui représente une initiative originale du législateur québécois, il ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite» énoncé à l'art. 3 de la Loi, et non la définition du droit de garde. L'article 4 qualifie d'illicite le déplacement ou non-retour d'un enfant qui 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 cet enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue. En tenant compte de la précarité manifeste d'un droit de garde lorsque le droit d'en demander la modification a effectivement été exercé, l'art. 4 assure que l'exécution de l'ordonnance de garde qui sera éventuellement rendue ne sera pas frustrée par un déplacement intempestif de l'enfant.

Enfin, dès que le tribunal constate qu'il y a déplacement illicite au sens des art. 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 prévues à l'art. 20 de la Loi, telle l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Ces exceptions doivent être interprétées de façon restrictive.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en appliquant la Loi aux circonstances de l'espèce. Le

child's removal from Michigan to Quebec was not wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, since the father had custody of her within the meaning of the Act at the time. Nor can the situation be described as a "wrongful retention" within the meaning of that section. The *ex parte* custody order obtained by the mother in the United States following the child's removal did not confer custody rights on her that made the child's retention in Quebec wrongful. Section 4 does not apply either, since the proceedings pending when the child was removed related solely to the mother's access rights and not the father's custody rights.

However, since the child was domiciled or resided with her father in Quebec, art. 70 *C.C.P.* and Quebec conflict of jurisdictions rules gave the Superior Court jurisdiction to hear and determine the father's motion for custody of the child. The only criterion that should guide the court is the child's best interests under art. 30 *C.C.L.C.* It is of little consequence that the trial judge ruled on the father's motion under the Act rather than the *Civil Code of Québec*, since both of these systems have adopted a broad concept of custody — which is distinct from access rights and includes the choice of the child's place of residence — and the interests of the child are the common standard. In this case, although the only issue at trial was whether the child was settled in her new environment within the meaning of the Act, there is no doubt, based on the judgment and the trial judge's exhaustive analysis of the evidence, that he not only took account of the child's interests but also determined that it was in her interests to return to her mother. Moreover, in exercising his jurisdiction over custody the trial judge had, under art. 46 *C.C.P.*, the power to order the child's return to the United States after finding that it was in her interests to make such an order. In view of the deference that must be shown to the findings of fact by the trial judge, who heard all the interested parties and lengthy expert evidence, his decision must be affirmed since he did not make any error that would warrant intervention by a court of appeal.

déplacement de l'enfant du Michigan au Québec n'était pas illicite au sens de l'art. 3 de la Loi puisqu'à cette date le père en avait la garde au sens de la Loi. La situation ne se qualifie pas non plus de «non-retour illicite» au sens de cet article. L'ordonnance de garde obtenue *ex parte* par la mère aux États-Unis après le déplacement de l'enfant ne lui confère pas un droit de garde rendant illicite la rétention de l'enfant au Québec. L'article 4 est également inapplicable puisque les procédures pendantes à la date du déplacement de l'enfant ne visaient que les droits de visite de la mère et non le droit de garde du père.

Toutefois, étant donné que l'enfant était domiciliée ou résidait au Québec avec son père, l'art. 70 *C.p.c.* ainsi que les règles québécoises en matière de conflit de juridictions confèrent compétence à la Cour supérieure pour connaître de la requête du père pour la garde de l'enfant. Le seul critère qui doit guider le tribunal est celui du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.C.* Il importe peu que le juge de première instance ait disposé de la requête du père dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec*, puisque ces deux régimes retiennent une notion large du droit de garde — indépendante du droit de visite et dont fait partie le choix du lieu de résidence de l'enfant — et que l'intérêt de l'enfant est la norme commune. En l'espèce, bien qu'en première instance la seule question ait porté sur l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu en vertu de la Loi, à la lecture du jugement et de l'analyse exhaustive de la preuve faite par le juge de première instance, il ne fait aucun doute qu'il a non seulement tenu compte de l'intérêt de l'enfant, mais aussi déterminé qu'il était dans cet intérêt qu'elle retourne avec sa mère. De surcroît, dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière de garde, le juge de première instance avait le pouvoir, en vertu de l'art. 46 *C.p.c.*, d'ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis après avoir conclu qu'il était dans son intérêt de rendre une telle ordonnance. Compte tenu de la déférence dont il y a lieu de faire preuve à l'endroit des conclusions de fait du juge de première instance, qui a entendu toutes les parties intéressées ainsi qu'une longue preuve d'experts, sa décision doit être confirmée puisqu'il n'a commis aucune erreur susceptible de justifier l'intervention d'une cour d'appel.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Gordon v. Goertz*, [1996] 1 S.C.R. 27.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Gordon c. Goertz*, [1996] 1 R.C.S. 27.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; **referred to:** *Messier v. Palomba*, [1992] R.D.J. 548; *Équipements Lefco Inc. v. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234; *Hamel v. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178; *Montana v. Développement du Saguenay Ltée*, [1977] 1 S.C.R. 32; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Droit de la famille — 323*, [1988] R.J.Q. 1542; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350; *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, aff'd [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*); *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, preamble, ss. 1, 2, 3, 4, 19, 20, 25, 27, 28, 30, 31, 32.
Civil Code of Lower Canada, arts. 30 [am. 1980, c. 39, s. 3], 79, 80, 81, 83 [repl. *idem*, s. 12; am. 1989, c. 54, s. 79].
Civil Code of Québec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 569, 570, 647, 650, 653.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 33, 75, 76, 80, 514, 599, 602, 604, 605, 3142.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46 [am. 1992, c. 57, s. 422], 70 [repl. 1982, c. 17, s. 8; 1989, c. 54, s. 131; am. 1992, c. 57, s. 194], 164, 523 [am. 1985, c. 29, s. 11; am. 1992, c. 57, s. 422], 861.
Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, Arts. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 21.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3.
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 17(1), (5).

Authors Cited

Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
 Black, Vaughan, and Christopher Jones. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321.
 Castel, J.-G. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; **arrêts mentionnés:** *Messier c. Palomba*, [1992] R.D.J. 548; *Équipements Lefco Inc. c. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234; *Hamel c. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178; *Montana c. Développement du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Droit de la famille — 323*, [1988] R.J.Q. 1542; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350; *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, conf. par [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*); *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 30 [mod. 1980, ch. 39, art. 3], 79, 80, 81, 83 [repl. *idem*, art. 12; mod. 1989, ch. 54, art. 79].
Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 569, 570, 647, 650, 653.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 33, 75, 76, 80, 514, 599, 602, 604, 605, 3142.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46 [mod. 1992, ch. 57, art. 422], 70 [repl. 1982, ch. 17, art. 8; 1989, ch. 54, art. 131; mod. 1992, c. 57, art. 194], 164, 523 [mod. 1985, c. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422], 861.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule, art. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 21.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), 17(1), (5).
Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 19, 20, 25, 27, 28, 30, 31, 32.

Doctrine citée

Anton, A. E. «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
 Black, Vaughan, and Christopher Jones. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321.
 Castel, J.-G. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

- Castelli, Mireille D. *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
- Eekelaar, John M. "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.
- Farquhar, Keith B. "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- Hague Conference on Private International Law. *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The Hague, 1993.
- Kouri, Robert P. "L'arrêt *Eve* et le droit québécois" (1987), 18 *R.G.D.* 643.
- Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- McLeod, James G. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 *R.F.L.* (4th) 406.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Morin, Michel. "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire" (1990), 50 *R. du B.* 827.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Pineau, Jean. *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Schuz, Rhona. "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771.
- Silberman, Linda. "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Castelli, Mireille D. *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993.
- Conférence de La Haye de droit international privé. *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. La Haye, 1993.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
- Eekelaar, John M. «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.
- Farquhar, Keith B. «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Groffier-Atala, Ethel. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- Kouri, Robert P. «L'arrêt *Eve* et le droit québécois» (1987), 18 *R.G.D.* 643.
- Lesage, Robert. «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- McLeod, James G. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 *R.F.L.* (4th) 406.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Morin, Michel. «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990), 50 *R. du B.* 827.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Pineau, Jean. *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Schuz, Rhona. «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law» (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771.
- Silberman, Linda. «Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis» (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 2076 (*sub nom. Droit de la famille — 1763*), 58 Q.A.C. 168, affirming a decision of the Superior Court, [1993] R.D.F. 111. Appeal dismissed.

Ghislain Richer, Julie Lessard and Marc Baillargeon, for the appellant.

Roseline Alric, for the respondent.

Guy Lecompte, for the mis en cause Blais.

The judgment of Lamer C.J. and McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to my comments in *Gordon v. Goertz*, [1996] 1 S.C.R. 27, on the rights and obligations of custodial parents.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal concerns the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (the "Convention"), as implemented in Quebec by *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, R.S.Q., c. A-23.01 (the "Act"). The specific question is whether the Act is applicable to the circumstances of this case. If so, did the Quebec Court of Appeal, like the Superior Court, err in confirming the order made under the Act to return the child to the United States? If not, the question that arises is whether the Superior Court had jurisdiction to dispose of the motion for custody of the child. The concept of custody under the Convention and the Act is at the heart of this case. In the case at bar, it was to the child's father, the appellant, that the courts of the state of Maryland granted custody, while the respondent mother held rights of access.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 2076 (*sub nom. Droit de la famille — 1763*), 58 Q.A.C. 168, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1993] R.D.F. 111. Pourvoi rejeté.

Ghislain Richer, Julie Lessard et Marc Baillargeon, pour l'appellant.

Roseline Alric, pour l'intimée.

Guy Lecompte, pour le mis en cause Blais.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, sous réserve des observations que j'ai formulées dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 1 R.C.S. 27, sur les droits et obligations des parents gardiens.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — 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»). De façon plus précise, il s'agit de déterminer si la Loi s'applique aux circonstances de l'espèce. Dans l'affirmative, la Cour d'appel du Québec, à l'instar de la Cour supérieure, a-t-elle erré en confirmant l'ordonnance de retour de l'enfant aux États-Unis rendue en application de la Loi? Dans la négative se pose la question de la compétence de la Cour supérieure pour disposer de la requête pour la garde de l'enfant. La notion de garde au sens de la Convention et de la Loi est au cœur de ce litige. En l'instance, c'est au père de l'enfant, l'appellant, que la garde a été attribuée par les tribunaux de l'État du Maryland, la mère intimée étant détentrice de droits de visite.

I. Facts

3 The turbulent history of the relations between the parties in respect of their daughter first requires a brief review of the facts.

4 The child of the parties was born on December 27, 1982 in Maryland, where the family was living at the time. In November 1986, the appellant left the family home, leaving the child with the respondent. The respondent prevented him from seeing the child until December 16, 1986, at which date the parties agreed that the child was to stay with the appellant until January 2, 1987. The following week, the respondent again refused to let the appellant see the child. The day after this incident, the appellant went to get the child as she was leaving school and refused to return her to the respondent.

5 In February 1987, the appellant filed for a divorce. On February 10, 1987, the Maryland Circuit Court granted temporary custody of the child to the appellant and recommended that the parties undergo a psychological evaluation. On September 23, 1987, Judge Fischer of the Circuit Court granted the parties joint custody of the child, while granting physical custody to the respondent. In February 1988, the appellant filed a petition in which he alleged that the respondent had committed acts of Satanism and sexual abuse against the child. On February 10, 1988, Judge Sybert of the Circuit Court granted temporary custody of the child to the appellant and denied the respondent access. On April 25, 1988, the respondent was granted supervised access. In a divorce judgment dated September 29, 1988, Judge Fischer granted custody of the child to the appellant and rights of supervised access to the respondent, which were to be re-evaluated in June 1989 after the respondent had undergone treatment. Although Judge Fischer rejected the allegations of sexual abuse, he explained that he was granting custody to the appellant because, if the child was disturbed, the respondent was the primary cause. The Court of Special Appeals of Maryland affirmed that judgment on November 8, 1989.

I. Les faits

L'historique tourmenté des relations entre les parties au sujet de leur fille commande, en premier lieu, une brève revue des faits.

L'enfant des parties naît le 27 décembre 1982 au Maryland, où la famille résidait à l'époque. En novembre 1986, l'appelant quitte la résidence familiale laissant l'enfant à l'intimée. Celle-ci l'empêche de voir l'enfant jusqu'au 16 décembre 1986, date à laquelle les parties s'entendent pour que l'enfant demeure avec l'appelant jusqu'au 2 janvier 1987. La semaine suivante, l'intimée refuse à nouveau de laisser l'appelant voir l'enfant. Le lendemain de cet incident, l'appelant va chercher l'enfant à la sortie de l'école et refuse de la retourner à l'intimée.

En février 1987, l'appelant institue des procédures de divorce. Le 10 février 1987, la Cour de circuit du Maryland confie la garde temporaire de l'enfant à l'appelant et recommande aux parties de se soumettre à une évaluation psychologique. Le 23 septembre 1987, le juge Fischer de la Cour de circuit confie aux parties la garde conjointe de l'enfant, avec garde physique à l'intimée. En février 1988, l'appelant dépose une requête alléguant que l'intimée aurait commis des actes de satanisme et des abus sexuels à l'endroit de l'enfant. Le 10 février 1988, le juge Sybert de la Cour de circuit confie la garde temporaire de l'enfant à l'appelant, sans droit de visite pour l'intimée. Le 25 avril 1988, des droits de visite supervisée sont accordés à l'intimée. Par jugement de divorce le 29 septembre 1988, le juge Fischer confie la garde de l'enfant à l'appelant et accorde des droits de visite supervisée à l'intimée, lesquels devront être réévalués en juin 1989 après que l'intimée aura suivi certains traitements. Bien que le juge Fischer rejette les allégations d'abus sexuels, il motive l'attribution de garde à l'appelant en expliquant que si l'enfant est perturbée, l'intimée en est la cause première. La Cour des appels spéciaux du Maryland confirme cette décision le 8 novembre 1989.

In November 1989, the appellant moved to Michigan with the child. On December 15, 1989, the respondent filed motions in Maryland for contempt of court, to enforce her access rights and to modify and increase access. The specific purpose of these motions was to reorganize the schedule of visits in view of the child's removal and to obtain increased rights of unsupervised access. Under an agreement entered into by the parties on February 1, 1990, a schedule of supervised visits was drawn up and the appellant agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence at the hearing into the respondent's motions. On March 13, 1990, the Circuit Court ratified this agreement by way of an order. In the interim, on February 13, 1990, the appellant moved to Quebec with the child without consulting or notifying the respondent.

On April 6, 1990, following a suggestion by the court, the respondent filed a petition for contempt of court and for a change of custody. The appellant did not attend at the hearing of that petition on April 16, 1990. On May 8, 1990, Judge Dudley of the Circuit Court found the appellant guilty of contempt and awarded custody of the child to the respondent "*pendente lite*, pending any further hearings on the issue of custody and visitation at the request of either party". That judgment was affirmed by the Court of Special Appeals on May 14, 1991.

In the interim, on May 6, 1991, the appellant filed a motion in the Superior Court of Quebec for custody of the child. The respondent countered by filing a motion in which she applied for the return of the child under the Act. She moved temporarily to Sherbrooke, where the child was residing with the appellant and his sister. Interim custody of the child was granted to the appellant's sister under an agreement between the parties endorsed on August 30, 1991 by Savoie J. of the Superior Court. The parties also recognized under that agreement that the Act was applicable to the case. In June and December 1992, Bellavance J. of the Superior Court made two orders that laid down the conditions of a supervised access program, the purpose

En novembre 1989, l'appelant déménage au Michigan avec l'enfant. Le 15 décembre 1989, l'intimée présente au Maryland des requêtes pour outrage au tribunal, ainsi que pour le respect, la modification et l'augmentation de ses droits de visite. Plus précisément, ces requêtes visent à réorganiser l'horaire des visites étant donné l'éloignement de l'enfant et à obtenir des droits accrus de visite non supervisée. Dans le cadre d'une entente intervenue entre les parties le 1^{er} février 1990, un horaire de visites supervisées est établi et l'appelant s'engage à faire subir à l'enfant une évaluation psychiatrique au Michigan en vue de la preuve à être soumise à l'audition des requêtes de l'intimée. Le 13 mars 1990, la Cour de circuit entérine cette entente par ordonnance. Entre-temps, le 13 février 1990, l'appelant déménage au Québec avec l'enfant, sans consulter ni prévenir l'intimée.

Le 6 avril 1990, conformément à la suggestion du tribunal, l'intimée présente une requête pour outrage au tribunal et pour changement de garde. L'appelant n'est pas présent lors de l'audition de cette requête le 16 avril 1990. Le 8 mai 1990, le juge Dudley de la Cour de circuit déclare l'appelant coupable d'outrage au tribunal et confie la garde de l'enfant à l'intimée [TRADUCTION] "*pendente lite*, jusqu'à ce qu'il y ait d'autres procédures sur la question de la garde ou du droit de visite à la demande de l'une ou l'autre des parties". Cette décision est confirmée par la Cour des appels spéciaux le 14 mai 1991.

Entre-temps, le 6 mai 1991, l'appelant présente une requête pour la garde de l'enfant devant la Cour supérieure du Québec. L'intimée, par requête reconventionnelle, réclame le retour de l'enfant en vertu de la Loi. Elle déménage temporairement à Sherbrooke où l'enfant réside avec l'appelant et la sœur de celui-ci. La garde provisoire de l'enfant est confiée à la sœur de l'appelant par entente entre les parties entérinée le 30 août 1991 par le juge Savoie de la Cour supérieure. Les parties reconnaissent également, dans le cadre de cette entente, que la Loi s'applique au litige. En juin et en décembre 1992, le juge Bellavance de la Cour supérieure rend deux ordonnances qui établissent les modalités d'un programme de visites supervi-

6

7

8

of which was to promote the gradual resumption of contact between the respondent and the child.

9 On January 8, 1993, Bellavance J. dismissed the appellant's motion and ordered the child's return to the United States: [1993] R.D.F. 111. Due to the danger of the appellant's fleeing with the child once again, the judge ordered that she be placed in the custody of the Youth Protection Agency until the expiration of the appeal period. The appellant appealed the judgment, and Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal made an interim order that the child be placed with a foster family and that contact between the parties and the child continue to be supervised by the Youth Protection Agency until the hearing into the merits of the appeal. On August 2, 1993, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal ([1993] R.J.Q. 2076, 58 Q.A.C. 168) and the respondent returned to Maryland with the child, who has apparently been there ever since.

II. Legislation

The Convention:

[PREAMBLE]

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions:

ARTICLE 1

The objects of the present Convention are:

- (a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and
- (b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

sées, programme destiné à faciliter la reprise graduelle des contacts entre l'intimée et l'enfant.

Le 8 janvier 1993, le juge Bellavance rejette la requête de l'appellant et ordonne le retour de l'enfant aux États-Unis: [1993] R.D.F. 111. Étant donné le risque que l'appellant s'enfuit à nouveau avec l'enfant, le juge ordonne que celle-ci soit placée sous la garde de la Direction de la protection de la jeunesse jusqu'à l'expiration du délai pour interjeter appel. L'appellant s'étant pourvu contre ce jugement, le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec rend une ordonnance intérimaire selon laquelle l'enfant doit demeurer en famille d'accueil et les contacts entre les parties et l'enfant doivent continuer sous la supervision de la Direction de la protection de la jeunesse jusqu'à l'audition au fond du pourvoi. Le 2 août 1993, la Cour d'appel rejette le pourvoi de l'appellant ([1993] R.J.Q. 2076, 58 Q.A.C. 168) et l'intimée retourne au Maryland avec l'enfant qui s'y trouve apparemment depuis lors.

II. 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

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

ARTICLE 5

For the purposes of this Convention:

- (a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;
- (b) "rights of access" shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence.

ARTICLE 11

The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be.

ARTICLE 12

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where

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 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 État 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'État requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'État requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'État 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'au-

the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

ARTICLE 13

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:

- (a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or
- (b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

ARTICLE 21

An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Central Authorities of the Contracting States in the same way as an application for the return of a child.

The Central Authorities are bound by the obligations of co-operation which are set forth in Article 7 to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject. The Central Authorities shall take steps to remove, as far as possible, all obstacles to the exercise of such rights.

The Central Authorities, either directly or through intermediaries, may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

torité judiciaire ou administrative de l'État 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'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 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.

ARTICLE 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

The Act:

[PREAMBLE]

WHEREAS the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction signed at The Hague on 25 October 1980 aims to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention;

Whereas the Convention establishes procedures to ensure the prompt return of children to the State of their habitual residence and to secure protection for rights of access;

Whereas Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention and it is expedient to apply them to the largest possible number of cases;

THE PARLIAMENT OF QUÉBEC ENACTS AS FOLLOWS:

1. The object of this Act is to secure the prompt return to the place of their habitual residence of children removed to or retained in Québec or a designated State, as the case may be, in breach of custody rights.

A further object of this Act is to ensure that the rights of custody and access under the law of a designated State are effectively respected in Québec and the rights of custody and access under the law of Québec are effectively respected in a designated State.

2. For the purposes of this Act,

(1) “**rights of custody**” shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence;

(2) “**rights of access**” shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence;

3. The removal or the retention of a child is to be considered wrongful, within the meaning of this Act, where it is in breach of rights of custody attributed to one or several persons or bodies under the law of Québec or of the designated State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention and where, at the time of removal or retention, those rights were actually exercised by one or several persons or bodies or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in the first paragraph may arise in particular by operation of law, or by reason

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 SUIVRAIT:

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. 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 admi-

of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of Québec or of the designated State.

4. In addition to the cases contemplated in section 3, the removal or the retention of a child is considered wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been introduced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered.

20. Where a child who is in Québec has been wrongfully removed or retained and where, at the time of commencement of the proceedings before the Superior Court, a period of less than one year has elapsed from the date of the removal or retention, the Superior Court shall order the return of the child forthwith.

The Superior Court, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in his or her new environment.

25. The Superior Court, after having been notified that a child has been wrongfully removed or retained in Québec, shall not decide on the custody of the child if the conditions set out in this Act for the return of the child may be fulfilled or if an application for his or her return may be made within a reasonable time.

28. In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention, the Superior Court may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognized or not in the designated State in which the child is habitually resident, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.

30. A decision under this Act concerning the return of a child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue.

31. An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Minister of Justice or to the Central Authority of a designated State in the same way as an application for the return of a child.

32. The Minister of Justice may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or

nistrative 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.

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.

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.

28. Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite, la Cour supérieure peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'État désigné où l'enfant a sa résidence habituelle, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

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.

31. Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée au ministre de la Justice ou à l'Autorité centrale d'un État désigné, selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

32. Le ministre de la Justice peut introduire ou favoriser l'introduction de toute procédure en vue d'organiser ou

protecting access rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

The *Civil Code of Lower Canada*, which was in force at the time of the relevant facts (the corresponding articles of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, appear in square brackets):

30. [33] In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

79. [75] The domicile of a person, for all civil purposes, is at the place where he has his principal establishment.

80. [76] Change of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment.

81. [76] The proof of such intention results from the declarations of the person and from the circumstances of the case.

83. [80] ...

A minor whose custody has been the subject of a judicial decision is domiciled with the person who has custody of him.

When no judicial decision has been rendered with respect to custody and the minor's father and mother have no common domicile, the minor is domiciled with the parent with whom he habitually resides.

The *Civil Code of Québec* (1980), with the new numbering shown in square brackets:

569. [514] The court, in granting the divorce or subsequently, decides as to the custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights, taking into account the agreements made between the spouses, where such is the case.

570. [605] Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

Le *Code civil du Bas Canada* alors en vigueur à l'époque des faits en litige (les articles correspondants du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, sont entre crochets):

30. [33] L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

79. [75] Le domicile de toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement.

80. [76] Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement.

81. [76] La preuve de l'intention résulte des déclarations de la personne et des circonstances.

83. [80] ...

Le mineur dont la garde a fait l'objet d'une décision judiciaire a son domicile chez la personne qui en a la garde.

En l'absence de décision judiciaire portant sur la garde, le mineur dont les père et mère n'ont pas de domicile commun a son domicile chez celui d'entre eux chez qui il réside habituellement.

Le *Code civil du Québec* (1980), dont la nouvelle numérotation est entre crochets:

569. [514] Au moment où il prononce le divorce ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux.

570. [605] Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

647. [599] The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

647. [599] Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

650. [602] No unemancipated minor may leave the family home without the consent of the person having parental authority.

650. [602] Le mineur non émancipé ne peut, sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale, quitter la demeure familiale.

653. [604] In the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties.

653. [604] En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

The *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

Le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25:

46. The courts and the judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction. They may, in the cases brought before them, even of their own motion, pronounce orders or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law.

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

70. Applications in family cases are taken before the court of the common domicile of the parties or, failing such a domicile, the domicile of either of the parties.

70. Les demandes en matière familiale sont portées devant le tribunal du domicile commun des parties ou, à défaut, devant celui du domicile de l'une ou de l'autre des parties.

164. Lack of jurisdiction by reason of the subject matter may be raised at any stage of the case, and it may even be declared by the court of its own motion. The court adjudicates as to costs according to the circumstances.

164. L'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party. . . , in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie. . . , en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

III. Judgments

III. Les jugements

Superior Court of Quebec, [1993] R.D.F. 111

Cour supérieure du Québec, [1993] R.D.F. 111

Since the parties had not contested the applicability of the Act to the case at bar, Bellavance J.'s reasons took as their starting point the parties' admission that the removal of the child was wrongful within the meaning of the Act. He first recognized that the case did not concern the merits of the custody issue but rather whether the child was settled in Quebec. Since the child had been in

Les parties n'ayant pas contesté que la Loi s'appliquait en l'espèce, leur admission quant au caractère illicite du déplacement de l'enfant au sens de la Loi constitue le point de départ des motifs du juge Bellavance. D'emblée, il reconnaît que le litige ne porte pas sur le fond du droit de garde, mais plutôt sur l'intégration de l'enfant au Québec. L'enfant s'y trouvant depuis plus d'un an, en vertu

Quebec for a period longer than one year, it was open to the appellant, under s. 20 of the Act, to oppose an automatic order of return by demonstrating that the child was now settled in her new environment. According to the trial judge, whether a child is settled within the meaning of the Act does not depend solely on external factors such as the child's ability to speak French, it is also necessary that he or she not be exposed to psychological or physical harm by remaining in Quebec.

In his view, the child had been unable to settle in Quebec on account of her state of psychological alienation, for which the conduct of the appellant, although sincere, was largely responsible. The judge noted that the appellant did nothing to correct the child's obviously false perceptions, in particular those relating to the respondent's supposed ability to fly and her alleged desire to kill the child. Furthermore, because the judgments of the Maryland courts and the expert testimony at the hearing did not establish that the respondent had sexually abused the child, the judge found that the respondent represented neither a psychological nor a physical danger to the child. He, accordingly, dismissed the appellant's motion for custody of the child and ordered that she be returned to the United States.

Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 2076 (Vallerand, Brossard and Deschamps JJ.A.)

The Court of Appeal dealt with three main issues: the application of ss. 3 and 4 of the Act, the interpretation of s. 20 of the Act and its application to the facts of the case.

Concerning the application of the Act, the court unanimously held that the Act was applicable even though the court was not bound by the parties' admission on this point. Since, on the one hand, the agreement of February 1, 1990 between the parties implicitly prohibited the removal of the child should removal deprive the respondent of her rights of access, and on the other hand, the appellant's rights of custody were rendered precarious by the fact that he moved to Quebec, the court considered that the respondent held rights of custody

de l'art. 20 de la Loi, il était loisible à l'appelant de démontrer qu'elle s'était intégrée dans son nouveau milieu pour s'opposer à une ordonnance de retour automatique. Selon le juge de première instance, l'intégration de l'enfant au sens de la Loi ne dépend pas uniquement de facteurs externes telle sa capacité de s'exprimer en français, mais commande également l'assurance qu'elle n'est pas en situation de danger psychologique ou physique en demeurant au Québec.

À son avis, l'enfant n'a pas pu s'intégrer au Québec en raison de l'état d'aliénation psychologique dans laquelle elle se trouve et dont le comportement de l'appelant, au reste sincère, est en grande partie responsable. En effet, le juge note que l'appelant n'a rien fait pour corriger les perceptions manifestement fausses de l'enfant, notamment en ce qui a trait à la faculté qu'aurait l'intimée de voler ainsi que le prétendu désir de cette dernière de tuer l'enfant. De plus, les jugements des tribunaux du Maryland ainsi que les témoignages des experts entendus à l'audience n'ayant pas établi que l'intimée a abusé sexuellement de l'enfant, le juge conclut que l'intimée ne risque de nuire à l'enfant ni psychologiquement ni physiquement. En conséquence, il rejette la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant et ordonne le retour de celle-ci aux États-Unis.

Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 2076 (les juges Vallerand, Brossard et Deschamps)

Le débat en Cour d'appel a porté sur trois questions principales: l'application des art. 3 et 4 de la Loi, l'interprétation de l'art. 20 de la Loi et son application aux faits de l'espèce.

En ce qui concerne l'application de la Loi, la cour est unanime à conclure que la Loi s'applique, même si l'admission des parties à cet égard ne saurait la lier. Considérant, d'une part, que l'entente entre les parties du 1^{er} février 1990 interdisait implicitement tout déplacement de l'enfant de nature à priver l'intimée de ses droits de visite et, d'autre part, que l'appelant n'avait plus qu'un droit de garde précaire en déménageant au Québec, la cour estime que l'intimée détenait un droit de garde au sens de la Loi lui permettant de réclamer

11

12

13

within the meaning of the Act which entitled her to claim the return of the child under s. 3 of the Act. To reach this conclusion, the court relied on an interpretation of the concept of custody that it described as [TRANSLATION] “large”.

le retour de l'enfant en vertu de l'art. 3 de la Loi. À cette fin, la cour s'appuie sur une interprétation de la notion de garde qu'elle qualifie de «large».

14 In concurring reasons, Brossard J.A. concluded that s. 4 of the Act was also applicable. In his view, since the removal of a child is a ground for reviewing a custody award, the motions pending in the Maryland courts when the child was removed were “proceedings for . . . modifying the rights of custody” of the appellant within the meaning of s. 4 of the Act. He also considered that the Maryland courts had retained jurisdiction to rule on the custody of the child and that the Act was applicable as a result of the “interim” custody granted to the respondent in the May 8, 1990 judgment of the Maryland Circuit Court, which rendered the retention of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act.

Dans une opinion concordante, le juge Brossard estime, pour sa part, que l'art. 4 de la Loi trouve également application. Selon lui, puisque le déplacement d'un enfant constitue un motif permettant de réviser une attribution de la garde, il conclut que les requêtes pendantes devant les tribunaux du Maryland au moment du déplacement de l'enfant sont des procédures «visant [...] à modifier le droit de garde» de l'appelant, tel que l'entend l'art. 4 de la Loi. En outre, il considère que les tribunaux du Maryland ont conservé leur juridiction pour se prononcer sur la garde de l'enfant et que la garde «interiminaire» octroyée à l'intimée par le jugement du 8 mai 1990 de la Cour de circuit du Maryland déclenche l'application de la Loi en rendant le non-retour de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi.

15 On the merits of the case, namely the settlement of the child, the court unanimously held that the trial judge had not erred in interpreting s. 20 of the Act and applying it to the facts of the case. Its analysis of the evidence confirmed the judge's finding that the child suffered from serious emotional deprivation. The court also found that there was no danger of psychological trauma from the immediate return of the child to the United States even though one of the three expert witnesses disagreed in his testimony (which the trial judge did not take into account); its finding was based in particular on the fact that, according to the order for return, the child was to be placed in a neutral environment until the enforcement of the judgment. The appellant's appeal was accordingly dismissed.

Sur le fond du litige, soit l'intégration de l'enfant, la cour est unanime à reconnaître que le juge de première instance n'a commis aucune erreur quant à l'interprétation de l'art. 20 de la Loi et son application aux faits de l'espèce. Son analyse de la preuve confirme la conclusion du juge quant aux grandes carences psychologiques de l'enfant. La cour conclut également que le retour immédiat de l'enfant aux États-Unis ne posait pas de danger de traumatisme psychologique, même si l'un des trois experts qui a témoigné s'y opposait (témoignage dont le juge de première instance n'a pas tenu compte), particulièrement en raison du fait que l'ordonnance de retour prévoyait le placement de l'enfant en milieu neutre jusqu'à l'exécution du jugement. En conséquence, le pourvoi de l'appelant fut rejeté.

IV. Analysis

IV. Analyse

16 The main issue is whether, as the Superior Court and Court of Appeal held, the Act is applicable to the circumstances of the instant case. The concept

La principale question en litige consiste à déterminer si, comme l'ont décidé la Cour supérieure et la Cour d'appel, la Loi s'applique aux circons-

of custody under the Convention and the Act is crucial to resolving this issue.

At the outset, however, it is necessary to determine the effect of the admission of the parties that the Act applied as regards the jurisdiction of the Superior Court to entertain the case. It is well settled that a court is not bound by an admission of law, and this is especially true of an admission as to its jurisdiction: the parties cannot attribute jurisdiction to a court that it does not otherwise have (L. Ducharme, *Précis de la preuve* (4th ed. 1993), at p. 210). In the case at bar, the Superior Court clearly would not have had jurisdiction to hear and determine the case under the Act if the Act were inapplicable. Similarly, it could not, as s. 25 of the Act provides, have ruled on the merits of the custody of the child if the Act were applicable. A court may of its own motion raise its own lack of jurisdiction by reason of the subject matter at any stage of the case, even on appeal (art. 164 C.C.P.; *Messier v. Palomba*, [1992] R.D.J. 548 (C.A.)). This is an exception to the general rule that a new argument cannot be raised on appeal, not even on a question of law, unless all the evidence needed to determine it is already in the record (*Équipements Lefco Inc. v. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Hamel v. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178 (C.A.); to the same effect: J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 54). As a result, the Court of Appeal was right to begin by considering the issue of whether the Act was applicable even though it had not been raised at trial.

On this point, the respondent argued that the absence at trial of specific evidence of the law of Maryland with regard to the nature of the parties' respective rights barred the Court of Appeal from reviewing the issue of whether the Act was applicable. Although no such evidence was adduced, I am nevertheless of the view that there is sufficient evidence in the record in order to decide the question. Among the nine Maryland court judgments included in the record, that of May 14, 1991 by the

tances de l'espèce et, à cet égard, le concept de garde au sens de la Convention et de la Loi est crucial.

Préliminairement, toutefois, il y a lieu de préciser l'effet de l'admission des parties, quant à l'application de la Loi, sur la juridiction de la Cour supérieure pour connaître du litige. Il est bien établi qu'une admission de droit ne lie pas un tribunal, particulièrement en ce qui a trait à sa juridiction: les parties ne sauraient lui attribuer une juridiction qu'il ne possède pas par ailleurs (L. Ducharme, *Précis de la preuve* (4^e éd. 1993), à la p. 210). En l'espèce, la Cour supérieure n'aurait évidemment pas eu juridiction pour trancher le litige en fonction de la Loi si celle-ci ne trouve pas application. De même, elle n'aurait pas pu, tel que le spécifie l'art. 25 de la Loi, se prononcer sur le fond de la garde de l'enfant si la Loi s'applique. Or, l'incompétence *ratione materiae* d'un tribunal peut être soulevée *proprio motu* par le tribunal lui-même en tout état de cause et ce, même en appel (art. 164 C.p.c.; *Messier c. Palomba*, [1992] R.D.J. 548 (C.A.)). Il s'agit-là d'une exception à la règle générale selon laquelle un nouvel argument ne peut être soulevé en appel, même sur une question de droit, à moins que toute la preuve pertinente à sa détermination ne se trouve déjà au dossier (*Équipements Lefco Inc. c. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Hamel c. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178 (C.A.); au même effet: J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 54). Par conséquent, c'est avec raison que la Cour d'appel s'est penchée *in limine litis* sur la question de l'application de la Loi, même si cette question n'avait pas été soulevée en première instance.

À cet égard, l'intimée prétend que l'absence, en première instance, d'une preuve spécifique de la loi au Maryland, en ce qui a trait à la nature des droits respectifs des parties, faisait échec à un examen de la question de l'application de la Loi par la Cour d'appel. Quoique cette preuve n'ait pas été présentée, j'estime, néanmoins, qu'il existe une preuve suffisante au dossier pour décider de la question. En effet, des neuf jugements rendus par les tribunaux du Maryland faisant partie du dos-

Court of Special Appeals contains a discussion several pages long on the principles of law to be applied in Maryland in respect of the modification of a custody order after the custodial parent has removed the child. Furthermore, the whole of the proceedings instituted by the respondent in Maryland, which are also included in the record, provide an invaluable indication of the actual scope of the parties' respective rights.

sier, le jugement du 14 mai 1991 de la Cour des appels spéciaux contient un exposé de plusieurs pages sur les principes de droit applicables au Maryland en matière de modification d'une ordonnance de garde suite au déplacement d'un enfant par le parent gardien. De plus, l'ensemble des procédures entreprises par l'intimée au Maryland qui font également partie du dossier fournissent des indices précieux quant à la portée réelle des droits respectifs des parties.

19 Having said this, even assuming that the record is incomplete, in my view this is not fatal in the circumstances. Even if the foreign law is to be treated as a fact which, in theory, must be proved, where there is no such evidence courts will apply the law in force in Quebec (E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4th ed. 1990), at pp. 94-99; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 588 (*per La Forest J.*)). Furthermore, it should be noted that s. 28 of the Act authorizes Quebec courts, on an exceptional basis, to take judicial notice of the content of the foreign law in ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of the Act. In addition, even in the absence of evidence, it would have been open to the Court of Appeal to use its power under art. 523 *C.C.P.* to receive indispensable new evidence in exceptional circumstances if the ends of justice so required (*Montana v. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 S.C.R. 32, at p. 38 (*per Pigeon J.*)). Thus, the application of these rules would compensate for the absence of specific evidence in the record respecting the law of Maryland on this question.

Cela dit, même en admettant que le dossier soit incomplet, cette conclusion, à mon avis, n'est pas fatale dans les circonstances. En effet, même si le droit étranger est assimilé à un fait qui doit, en principe, être prouvé, à défaut d'une telle preuve le tribunal applique le droit en vigueur au Québec (E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4^e éd. 1990), aux pp. 94 à 99; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, à la p. 588 (le juge La Forest)). De plus, il faut noter l'art. 28 de la Loi qui permet exceptionnellement aux tribunaux québécois de prendre connaissance d'office de la teneur du droit étranger pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de la Loi. Par ailleurs, si tant est qu'il y ait eu absence de preuve, il aurait été loisible à la Cour d'appel d'user de son pouvoir, en vertu de l'art. 523 *C.p.c.*, de recevoir une preuve nouvelle indispensable, en des circonstances exceptionnelles, si les fins de la justice le requièrent (*Montana c. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32, à la p. 38 (le juge Pigeon)). Ainsi, l'application de ces règles supplée à l'absence au dossier d'une preuve spécifique du droit au Maryland sur la question en débat.

20 This leads us to the issue of whether the Act is applicable to the circumstances of the instant case. This determination will depend on the definition of the concept of custody under the Convention and the Act.

Ceci nous amène à la question de savoir si la Loi s'applique aux circonstances de l'espèce. Cette détermination dépendra de la définition de la notion de garde au sens de la Convention et de la Loi.

I

I

1. The Convention

The fundamental objective of the Convention, as stated in its preamble, is “to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access”. According to Articles 3 and 12 of the Convention, the mandatory return procedure provided for in the Convention is set in motion only where a child has been removed or retained in breach of rights of custody. As for rights of access, Article 21 provides that the administrative organizations of the Central Authorities designated by the states parties to the Convention are responsible for securing respect therefor. For example, a parent prevented from exercising his or her rights of access due to the removal of a child, to Quebec or a designated state within the meaning of the Act, has a remedy of securing the organization or protection of those rights in accordance with the procedure laid down in ss. 31 and 32 of the Act. In “The Hague Convention on International Child Abduction” (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, at p. 555, A. E. Anton explained the rationale for the difference in the protection accorded to rights of custody and rights of access as follows:

It was felt not only that mandatory rules in the fluid field of access rights would be difficult to devise but, perhaps more importantly, that the effective exercise of access rights depends in the long run more upon the goodwill, or at least the restraint, of the parties than upon the existence of formal rules.

J. M.EEKelaar made a similar comment in “International Child Abduction by Parents” (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, at p. 315:

The reason for this is that disputes about access are notoriously difficult to unravel (it might be alleged that the absent parent was visiting very infrequently, or that the children disliked the visits), and to order the return of the children when such matters may well be in dispute is to provide too drastic a remedy.

1. La Convention

L'objectif fondamental de la Convention, énoncé à son préambule, est de «protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et [d']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». Selon les art. 3 et 12 de la Convention, seul le déplacement ou le non-retour d'un enfant ayant lieu en violation d'un droit de garde déclenche le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Convention. Quant au droit de visite, la tâche d'en assurer le respect est laissée aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention, tel que le prévoit l'art. 21. Par exemple, le parent privé de l'exercice de son droit de visite suite au déplacement d'un enfant, au Québec ou dans un État désigné au sens de la Loi, dispose du recours pour en assurer l'organisation ou la protection selon la procédure établie aux art. 31 et 32 de la Loi. A. E. Anton, «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, à la p. 555, explique ainsi la raison d'être de la différence entre la protection accordée au droit de garde et celle accordée au droit de visite:

[TRADUCTION] On a cru non seulement qu'il serait difficile d'élaborer des règles obligatoires dans le domaine volatil des droits de visite, mais aussi — ce qui est peut-être encore plus important — que l'exercice réel du droit de visite dépend davantage à long terme de la bonne volonté, ou tout au moins de la modération, des parties que de l'existence de règles formelles.

Au même effet, J. M.EEKelaar, «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, à la p. 315:

[TRADUCTION] La raison en est que les conflits relatifs au droit de visite sont notoirement difficiles à éclaircir (par exemple, on pourrait alléguer que les visites du parent absent étaient très irrégulières ou que les enfants n'aimaient pas les visites); ordonner le retour des enfants lorsque des questions de cette nature n'ont pas été réglées constitue une mesure trop draconienne.

22

Thus, the Convention makes a clear distinction between rights of access, which “include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence”, and custody rights, which are defined as “includ[ing] rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. As noted by Eekelaar, *supra*, at p. 309, what the Convention means by “rights of custody” must be determined independently of the domestic law of the jurisdictions to which it applies:

States may define the term ‘custody’ in whatever way they choose, but what is essential for determining their obligations under the convention is the definition used in the convention. This definition is open-ended in that it specifies rights of custody as including rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence (article 5). Such rights, by whatever name they might be called in a state’s domestic legal system, are ‘rights of custody’ for the purposes of the convention and are protected by it. [Emphasis added.]

As a result:

The key concepts which determine the scope of the Convention are not dependent for their meaning on any single legal system. Thus the expression “rights of custody”, for example, does not coincide with any particular concept of custody in a domestic law, but draws its meaning from the definitions, structure and purposes of the Convention.

(Hague Conference on Private International Law, *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (1993), at p. 16, quoted by V. Black and C. Jones, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 C.F.L.Q. 321, at p. 327.)

23

However, although the Convention adopts an original definition of rights of custody, the question of who holds the “rights relating to the care of the person of the child” or the “right to determine the child’s place of residence” within the meaning of the Convention is in principle determined in accordance with the law of the state of the child’s habitual place of residence (Black and Jones,

La Convention opère donc une distinction claire entre le droit de visite, qui «comprend le droit d’emmener l’enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle», et le droit de garde, défini comme «compre[n]ant le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». Ainsi que le rappelle Eekelaar, *loc. cit.*, à la p. 309, la détermination de ce que la Convention entend par «droit de garde» doit se faire indépendamment du droit interne des juridictions auxquelles elle s’applique:

[TRADUCTION] Les États peuvent définir le terme «garde» comme ils le veulent; cependant, c’est la définition utilisée dans la Convention qui sert essentiellement à déterminer les obligations qu’elle impose aux États. Cette définition n’a pas une portée déterminée, en ce qu’elle précise que le droit de garde comprend aussi le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5). Ce droit, quel que soit le nom qu’on lui donne dans le régime interne d’un État, constitue «le droit de garde» aux fins de la convention et il est protégé par celle-ci. [Je souligne.]

Ainsi:

[TRADUCTION] L’interprétation des principaux concepts servant à déterminer la portée de la Convention ne se fonde pas sur un seul système juridique. Par exemple, l’expression «droit de garde» ne correspond pas à un concept particulier de la garde dans le droit interne d’un pays; il tire plutôt son sens des définitions, de la structure et des objets de la Convention.

(Conférence de La Haye de droit international privé, *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (1993), à la p. 16, cité par V. Black et C. Jones, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 C.F.L.Q. 321, à la p. 327.)

Si, toutefois, la Convention adopte une définition originale du droit de garde, la question de savoir qui détient le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant» ou encore «celui de décider de son lieu de résidence» au sens de la Convention est en principe déterminée selon la loi de l’État du lieu de résidence habituelle de l’enfant (Black et Jones, *loc. cit.*, à la p. 331; L. Silberman,

supra, at p. 331; L. Silberman, "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9, at p. 18).

The Convention was analysed in detail in *Thomson*, in which its interpretation and application were raised in this Court for the first time. Since the decision of the Court of Appeal in the case at bar preceded that judgment, it is, I believe, appropriate to briefly recall its main holding.

2. *Thomson*

In *Thomson*, the child was removed from Scotland to Canada by his mother, who had interim custody pursuant to an order containing a prohibition against the child being taken out of Scotland. When the mother applied for custody in Manitoba, the father applied for the return of the child to Scotland under the Convention, as introduced into the law of Manitoba by means of the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360. The Court was required to rule on, *inter alia*, the nature of the rights of custody provided for in the Convention, the effect of an order prohibiting the child's removal that is included in an interim custody order, and the interrelationship between the Convention and the Manitoba legislation.

The Court clearly established that "the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights" (emphasis in original) and as a consequence that the mandatory return procedure dictated by the Convention is limited to cases where the removal of a child is in violation of the custody rights — and not rights of access only — of a person, institution or other body (*Thomson, supra*, at pp. 579 and 581 (*per La Forest J.*)). As for the effect of including a restriction on removal of a child in an interim custody order, although the Court considered that such a restriction conferred rights of custody within the meaning of the Convention on the court with jurisdiction to render a final decision as to custody, it took care to state that the situation might be different if the removal of the child were prohibited by a clause in a per-

«Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis» (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9, à la p. 18).

La Convention a fait l'objet d'une analyse détaillée dans l'arrêt *Thomson*, où se posait pour la première fois devant notre Cour la question de son interprétation et de son application. Comme la décision de la Cour d'appel en l'espèce est antérieure à cet arrêt, il m'apparaît utile de revenir brièvement sur ses grandes lignes.

2. L'arrêt *Thomson*

Dans cette affaire, l'enfant a été déplacé de l'Écosse au Canada par sa mère qui en avait la garde provisoire en vertu d'une ordonnance interdisant que l'enfant soit emmené hors de l'Écosse. À la demande de garde présentée par la mère au Manitoba, le père a réclamé le retour de l'enfant en Écosse en vertu de la Convention, telle qu'elle a été introduite en droit manitobain par l'entremise de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360. La Cour devait se prononcer, entre autres, sur la nature du droit de garde en vertu de la Convention, sur l'effet d'une ordonnance interdisant le déplacement de l'enfant assortissant une ordonnance de garde provisoire ainsi que sur la corrélation entre la Convention et la loi manitobaine.

La Cour a clairement établi que «l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde» (souligné dans l'original) et, par conséquent, que le mécanisme de retour obligatoire prescrit par la Convention est limité aux cas où le déplacement d'un enfant viole le droit de garde — et non le simple droit de visite — d'une personne, d'une institution ou d'un autre organisme (*Thomson*, précité, aux pp. 579 et 581 (le juge La Forest)). Quant à l'effet d'une restriction au déplacement d'un enfant dont une ordonnance de garde provisoire est assortie, quoique la Cour ait estimé qu'une telle restriction conférerait un droit de garde au sens de la Convention au tribunal compétent pour rendre une décision finale quant à la garde, elle a pris soin de préciser que la situation pouvait être différente si le déplacement de l'en-

24

25

26

manent custody order. According to La Forest J., at pp. 589-90:

Such a clause raises quite different issues. It is usually intended to ensure permanent access to the non-custodial parent. The right of access is, of course, important but, as we have seen, it was not intended to be given the same level of protection by the Convention as custody. The return of a child in the care of a person having permanent custody will ordinarily be far more disruptive to the child since the child may be removed from its habitual place of residence long after the custody order was made. The situation also has serious implications for the mobility rights of the custodian. [Emphasis added.]

See also *Thomson, supra*, at pp. 606-7 (per L'Heureux-Dubé J.). However, the Court held that, in the specific case before it, the removal of the child was wrongful within the meaning of the Convention and, because it had not been demonstrated that the situation fit into any of the exceptions provided for therein, ordered that the child be returned to Scotland.

27

The issue of the relationship between the *Convention* and the *Child Custody Enforcement Act* arose because in Canada, the Convention has been implemented by the provinces, which, with the exception of Quebec, have incorporated it into their domestic law in its entirety through other legislation. As its name indicates, the Manitoba legislation deals primarily with the recognition and enforcement of custody orders made outside Manitoba. Although La Forest J., writing for the majority on this subject, concluded that there was a dichotomy between the two systems, he nevertheless stated the following at p. 603:

... where the provisions of the Act are selected it may not be improper to look at the Convention in determining the attitude that should be taken by the courts, since the legislature's adoption of the Convention is indicative of the legislature's judgment that international child custody disputes are best resolved by returning the child to its habitual place of residence. ...

fant était interdit par une clause contenue dans une ordonnance de garde permanente. Selon le juge La Forest, aux pp. 589 et 590:

Une telle clause soulève des questions fort différentes. Elle est en général destinée à garantir un droit de visite permanent au parent qui n'a pas obtenu la garde. Le droit de visite est évidemment important mais, comme nous l'avons vu, on n'a pas voulu lui donner la même protection que la garde dans le cadre de la Convention. Le retour de l'enfant aux soins d'une personne ayant la garde permanente sera habituellement beaucoup plus perturbant pour l'enfant puisqu'il peut être déplacé de son lieu de résidence habituelle longtemps après que l'ordonnance de garde a été rendue. La situation entraîne également des répercussions graves à l'égard de la liberté de circulation et d'établissement du gardien. [Je souligne.]

Voir aussi *Thomson*, précité, aux pp. 606 et 607 (le juge L'Heureux-Dubé). Toutefois, la Cour a conclu que, dans le cas précis dont elle était saisie, le déplacement de l'enfant était illicite au sens de la Convention et, puisqu'il n'avait pas été démontré que la situation relevait de l'une des exceptions y prévues, le retour de l'enfant en Écosse fut ordonné.

La question du lien entre la Convention et la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* se posait en raison du fait qu'au Canada, la Convention a été mise en œuvre par les provinces qui, à l'exception du Québec, l'ont incorporée intégralement dans leur droit interne dans le cadre d'une autre loi. Comme son nom l'indique, la loi manitobaine traite principalement de la reconnaissance et l'exécution des ordonnances de garde rendues à l'extérieur du Manitoba. Bien que le juge La Forest, exprimant l'opinion majoritaire à ce sujet, conclue à la dichotomie des deux régimes, il affirme, néanmoins, à la p. 603:

Cependant, lorsqu'on invoque les dispositions de la Loi, il peut être justifié de se reporter à la Convention pour déterminer la ligne de conduite que les tribunaux devraient suivre puisque l'adoption de la Convention par le législateur indique qu'il est d'avis que la meilleure façon de résoudre les conflits internationaux sur la garde d'enfants est de retourner l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. ...

Since the situation in Quebec can be distinguished from that in Manitoba in that the sole purpose of the Act is to give effect to the Convention even though it does not adopt the integral wording thereof, two independent systems cannot coexist in Quebec. On the contrary, the interdependence of the Convention and the Act is recognized both in the preamble to the Act, which states that "Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention", and in s. 1 thereof, which states the common objects of the Act and the Convention. Furthermore, the Act adopts verbatim the Convention's definitions of rights of custody and rights of access. Thus, like the Convention, the Act, by authorizing the prompt return of children to the place of their habitual residence only if they are removed or retained in breach of custody rights, reserves a form of protection for custody rights distinct from that for rights of access. In my view, the interdependence of the Convention and the Act accordingly suggests an interpretation of ss. 3 and 4 of the Act that gives full effect to the object of the Convention while taking the guidelines set out in *Thomson* into account.

It is against this backdrop that the Act, and more specifically ss. 3 and 4 thereof, must now be interpreted in respect of the concept of custody.

3. The Act

As I mentioned previously, in Quebec it is the Act that gives effect to the Convention. The relevant provisions of the Act, which I will now discuss, are ss. 3 and 4.

(a) *Section 3*

According to s. 3 of the Act, quoted earlier — which reproduces almost verbatim Article 3 of the Convention as interpreted in *Thomson* — the removal or retention of a child is wrongful "where it is in breach of rights of custody". In light of the principle stated in *Thomson* as to the object of the mandatory return procedure established by the Convention, it is clear that s. 3 of the Act, in initiating that return procedure, is concerned exclu-

Comme la situation au Québec se distingue de celle du Manitoba en ce que la Loi a pour unique but de donner effet à la Convention, même si elle n'en adopte pas intégralement le texte, il ne peut pas co-exister deux régimes indépendants au Québec. Au contraire, 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. De plus, la Loi adopte telles quelles les définitions du droit de garde et du droit de visite prévues à la Convention. Ainsi, à l'image de la Convention, en ne permettant le retour immédiat d'un enfant au lieu de sa résidence habituelle que s'il est déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde, la Loi réserve au droit de garde une protection distincte du droit de visite. À mon avis, l'interdépendance entre la Convention et la Loi invite donc à une interprétation des art. 3 et 4 de la Loi qui donne plein effet à l'objectif de la Convention, tout en tenant compte des jalons posés par l'arrêt *Thomson*.

C'est sur cette toile de fond qu'il s'agit maintenant d'interpréter la Loi et plus précisément ses art. 3 et 4 en ce qui concerne le concept de garde.

3. La Loi

Comme je l'ai mentionné précédemment, c'est la Loi qui, au Québec, entérine la Convention. Ce sont les art. 3 et 4 de la Loi qui sont ici pertinents et dont je vais traiter maintenant.

a) *L'article 3*

L'article 3 de la Loi déjà cité — qui reproduit à quelques modifications près l'art. 3 de la Convention tel qu'interprété par l'arrêt *Thomson* — qualifie d'illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant qui «a lieu en violation d'un droit de garde». À la lumière du principe dégagé par l'arrêt *Thomson* quant à l'objectif de la procédure de retour obligatoire mise en place par la Convention, il est clair que l'art. 3 de la Loi, en déclenchant

sively with the protection of rights of custody and not with compliance with rights of access.

cette procédure de retour, vise exclusivement la protection du droit de garde, et non le respect du droit de visite.

32

The Act's definition of rights of custody has two branches: "rights relating to the care of the person of the child" and "the right to determine the child's place of residence"; in some cases, these attributes of custody rights are susceptible to severance (Eekelaar, *supra*, at pp. 309-10; J. G. McLeod, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 R.F.L. (4th) 406, at pp. 408-9). For example, in *Thomson*, this Court held that the express prohibition on removing the child, that was included in the interim order giving custody to the mother, conferred on the court rights of custody within the meaning of the Convention, even though the order in question entrusted "rights relating to the care of the person of the child" to the mother on an interim basis.

Le droit de garde au sens de la Loi comprend deux volets: le «droit portant sur les soins de la personne de l'enfant» et «celui de décider de son lieu de résidence»; dans certains cas, ces attributs du droit de garde sont susceptibles d'être dissociés (Eekelaar, *loc. cit.*, aux pp. 309 et 310; J. G. McLeod, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 R.F.L. (4th) 406, aux pp. 408 et 409). Par exemple, dans l'affaire *Thomson*, notre Cour a jugé que l'interdiction expresse de déplacer l'enfant dont était assortie l'ordonnance provisoire de garde en faveur de la mère conférait au tribunal un droit de garde au sens de la Convention et cela, quoique cette ordonnance confiait provisoirement à la mère un «droit portant sur les soins de la personne de l'enfant».

33

In my view, the possibility of severing the right to determine the child's place of residence from rights of custody must be considered in light of the fundamental purpose of the Act: to prevent any person, including the non-custodial parent, regardless of whether he or she has rights of access, from removing or retaining a child, custody of whom has been awarded to one parent, to or in a place other than the child's habitual residence. From this perspective, the Act clearly suggests a large and liberal interpretation of the custody concept. More specifically, rights of custody within the meaning of the Act cannot be interpreted in a way that systematically prevents the custodial parent from exercising all the attributes of custody, in particular that of choosing the child's place of residence, but, on the contrary, must be interpreted in a way that protects their exercise. The comments of K. B. Farquhar in "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5, at p. 15, shed an interesting light on this:

À mon avis, la possibilité d'amputer le droit de garde du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant doit être envisagée à la lumière de l'objectif fondamental de la Loi: empêcher toute personne, y compris le parent non gardien détenteur ou non d'un droit de visite, de déplacer ou de retenir un enfant, dont un parent a obtenu la garde, dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle. Dans cette perspective, la Loi invite clairement à une interprétation large et libérale de la notion de garde. Plus précisément, le droit de garde au sens de la Loi ne saurait être interprété de manière à empêcher systématiquement le parent gardien d'exercer tous les attributs de la garde, et plus particulièrement celui du choix du lieu de résidence de l'enfant, mais au contraire il doit l'être de façon à en protéger l'exercice. À cet égard, les commentaires de K. B. Farquhar, «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5, à la p. 15, jettent un éclairage intéressant:

As is to be expected in an international convention designed to apply to as many legal systems as possible, no attempt is made to define exhaustively the term "custody". Instead, Article 5(a) provides that the words "rights of custody" shall include "rights relating to the

[TRADUCTION] Comme il faut s'y attendre dans une convention internationale conçue pour s'appliquer au plus grand nombre de régimes juridiques possibles, il n'existe pas de définition exhaustive du terme «garde». L'alinéa 5a) prévoit plutôt que le «droit de garde» com-

care of the person of the child and in particular the right to determine the child's place of residence". This reveals that the term "custody" is used as an abbreviation for what the Convention is really trying to achieve — a system that will try to perpetuate continuity in environment for a child rather than maintain the legal concept of custody in all its various manifestations. [Emphasis added.]

Some authors have been critical of the fact that the Convention protects only custody rights, provided that they are awarded by a permanent order of custody, without regard to any circumstances suggesting that they are in reality unsettled (Black and Jones, *supra*, at pp. 329-31; McLeod, *supra*, at p. 409). According to Black and Jones, the recognition of custody rights within the meaning of the Convention — and consequently the protection of the exercise of the attributes thereof, such as the right to determine the child's place of residence — implies the demonstration of a certain stability regarding, *inter alia*, the exercise of rights of access. This criticism applies equally in respect of the Act, which is to the same effect as the Convention on this point.

For all practical purposes, what this interpretation of custody rights requires of a court in a jurisdiction other than that to which the child is to be returned, is a critical review of the merits of any custody issue, which is, in my view, inconsistent with the very philosophy of the Convention and the Act in that it tends not only to make the process of returning a child cumbersome and to slow it down, but also to fundamentally alter its nature.

The automatic return procedure implemented by the Act is ultimately intended to deter the abduction of children by depriving fugitive parents of any possibility of having their custody of the children recognized in the country of refuge and thereby legitimizing the situation for which they are responsible. To that end, the Act favours the restoration of the *status quo* as soon as possible after the removal of the child by enabling one party to force the other to submit to the jurisdiction of the court of the child's habitual place of residence for the purpose of arguing the merits of any custody issue. The Act, like the Convention,

prend «le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». Cela révèle que le terme «garde» résume en fait ce que la Convention tend réellement à réaliser — un système qui tentera de perpétuer la continuité de l'environnement de l'enfant plutôt que de maintenir le concept juridique de la garde dans toutes ses diverses acceptions. [Je souligne.]

Certains auteurs ont critiqué le fait que la Convention protège uniquement le droit de garde, pourvu qu'il soit octroyé par une ordonnance de garde permanente, indépendamment des circonstances qui pourraient en dénoter la précarité dans les faits (Black et Jones, *loc. cit.*, aux pp. 329 à 331; McLeod, *loc. cit.*, à la p. 409). Selon Black et Jones, la reconnaissance d'un droit de garde au sens de la Convention — et par conséquent la protection de l'exercice de ses attributs tel que le droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant — suppose la démonstration d'une certaine stabilité en ce qui a trait, notamment, à l'exercice du droit de visite. Cette critique vaut également à l'égard de la Loi qui est au même effet que la Convention à cet égard.

À toutes fins pratiques, cette interprétation du droit de garde requiert de la part du tribunal d'une juridiction autre que celle à laquelle l'enfant doit être retourné un examen critique du fond du droit de garde, ce qui, à mon avis, est incompatible avec la philosophie même de la Convention et de la Loi en ce qu'elle tend non seulement à alourdir et à retarder le processus de retour d'un enfant, mais aussi à en altérer fondamentalement la nature.

Le mécanisme de retour automatique mis en place par la Loi vise ultimement à dissuader les enlèvements d'enfants en privant le parent fugitif de toute possibilité de se faire reconnaître la garde de l'enfant dans l'État de refuge et ainsi de légitimer la situation qu'il a créée. À cette fin, la Loi facilite le rétablissement du statu quo aussi promptement que possible suite au déplacement de l'enfant en permettant à une partie de forcer l'autre à se soumettre à la juridiction du tribunal du lieu de résidence habituelle de l'enfant pour un débat sur le fond du droit de garde. La Loi, comme la Convention, présume que l'intérêt des enfants illicite-

34

35

36

presumes that the interests of children who have been wrongfully removed are ordinarily better served by immediately repatriating them to their original jurisdiction, where the merits of custody should have been determined before their removal. Once that determination has been made, the Convention and the Act give full effect thereto by protecting custody rights through the mandatory return process. See generally R. Schuz, "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771, at pp. 775-76; Farquhar, *supra*, at p. 10; Anton, *supra*, at pp. 542-43.

ment déplacés est généralement mieux servi par un rapatriement immédiat à leur juridiction d'origine où une détermination sur le fond de la garde aurait dû avoir lieu avant leur déplacement. Une fois cette détermination faite, toutefois, la Convention et la Loi lui donnent plein effet en protégeant le droit de garde par l'entremise du processus de retour obligatoire. Voir généralement R. Schuz, «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law» (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771, aux pp. 775 et 776; Farquhar, *loc. cit.*, à la p. 10; Anton, *loc. cit.*, aux pp. 542 et 543.

37 Thus, the Convention and the Act represent a compromise between the flexibility derived from reviewing each situation on its merits and the effectiveness needed to deter international child abduction, which depends in particular on the rapidity of the return procedure. As s. 30 of the Act provides, "[a] decision under this Act concerning the return of a child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue". According to s. 20 of the Act, when a court finds that there has been a wrongful removal within the meaning of s. 3 or 4 of the Act, it must automatically order the return of the child unless the person who opposes that return can prove that the situation falls within one of the exceptions provided for therein, such as the settlement of the child in his or her new environment. From this perspective, those exceptions, which recognize that an order for return can, in certain circumstances, be contrary to the interests of the child, have generally been interpreted narrowly (Silberman, *supra*, at pp. 25-31). At the procedural level, the expeditiousness of proceedings for the return of a child is ensured, *inter alia*, by s. 19 of the Act, which provides that they take precedence over all other matters as provided in art. 861 C.C.P. for *habeas corpus* proceedings. It should also be noted that s. 27 of the Act requires the Minister of Justice to indicate the reasons for a failure by the Superior Court to reach a decision within six weeks from the filing of an application for the return of a child.

La Convention et la Loi représentent donc un compromis entre la flexibilité que permet un examen au fond de chaque situation et l'efficacité nécessaire pour dissuader l'enlèvement international d'enfants, qui dépend notamment de la rapidité de la procédure de retour. Ainsi, tel que le précise l'art. 30 de la Loi, «[u]ne décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la présente loi n'affecte pas le fond du droit de garde». Selon l'art. 20 de la Loi, dès que le tribunal constate qu'il y a déplacement illicite au sens des art. 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 (Silberman, *loc. cit.*, aux pp. 25 à 31). Sur le plan procédural, la célérité d'une demande relative au retour d'un enfant est assurée notamment par l'art. 19 de la Loi qui lui octroie la préséance prévue à l'art. 861 C.p.c. en matière d'*habeas corpus*. Il faut également noter que l'art. 27 de la Loi oblige le ministre de la Justice à justifier le défaut de la Cour supérieure de rendre jugement dans les six semaines du dépôt d'une demande relative au retour d'un enfant.

38 In summary, the application of the Act is triggered under s. 3 where a child is removed or

En résumé, l'art. 3 déclenche l'application de la Loi lorsque le déplacement ou le non-retour d'un

retained in breach of rights of custody within the meaning of the Act, as opposed to rights of access only. Although it is true that an interim custody order combined with an order restricting the removal of a child might temporarily deprive the person awarded custody of the right to determine the child's place of residence by making any removal of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, aside from this exception, the large and liberal interpretation to be given to the concept of custody under the Act is not affected. A narrow reading would contradict the very object of the Act, namely to protect rights of custody and the exercise of the attributes thereof, including the choice of the child's place of residence. Since the foundation of the Act is the rapidity of the mandatory return process and the principle that the merits of issues related to the custody of children who have been wrongfully removed or retained are to be determined by the courts of their habitual place of residence, the very philosophy of the Act militates against bringing the unsettled factual basis of a custody order into play at this stage of the exercise. Section 4 of the Act meets those objections, however.

(b) *Section 4*

While s. 3 of the Act is based on the wording of the Convention, s. 4 represents an original initiative by the Quebec legislature. I reproduce s. 4 again for the sake of convenience:

4. In addition to the cases contemplated in section 3, the removal or the retention of a child is considered wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been introduced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered.

In addition to cases of wrongful removal or retention within the meaning of s. 3 of the Act, it can be seen that s. 4 corresponds exactly to the objective of the Convention, namely protection of the right of custody, by making it possible to order the return of a child whose removal or retention "occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been intro-

enfant a lieu en violation d'un droit de garde au sens de la Loi, par opposition à un simple droit de visite. S'il est vrai qu'une ordonnance provisoire de garde assortie d'une ordonnance restreignant le déplacement d'un enfant peut priver temporairement la personne à qui la garde a été confiée du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant, rendant tout déplacement de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi, à cette exception près, cependant, l'interprétation large et libérale que doit recevoir la notion de garde au sens de la Loi ne s'en trouve en rien affectée. Une interprétation restrictive aurait pour effet d'aller à l'encontre de l'objectif même de la Loi, c'est-à-dire protéger le droit de garde et l'exercice de ses attributs, dont le choix du lieu de résidence de l'enfant. La Loi étant fondée sur la rapidité du processus de retour obligatoire et sur le principe que le fond du droit de garde des enfants illicitement déplacés ou retenus doit être déterminé par les tribunaux du lieu de leur résidence habituelle, la philosophie même de la Loi s'oppose à ce que la précarité factuelle d'une ordonnance de garde entre en jeu à ce stade de l'exercice. L'article 4 de la Loi, par contre, rencontre ces objections.

b) *L'article 4*

Alors que l'art. 3 de la Loi s'inspire textuellement de la Convention, l'art. 4 représente une initiative originale du législateur québécois. Par souci de commodité, je rappelle le texte de l'art. 4:

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.

Outre les cas de déplacements ou de non-retour illicites au sens de l'art. 3 de la Loi, l'art. 4, comme on peut le constater, répond précisément à l'objectif de la Convention, soit la protection du droit de garde, en permettant d'ordonner le retour d'un enfant dont le déplacement ou le non-retour «se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite

duced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered". It is thus necessary to consider the interaction between ss. 3 and 4 of the Act as well as the common objective of the Convention and the Act in order to obtain a clearer idea of the scope of s. 4.

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». La portée de l'art. 4 doit donc être précisée plus avant à la lumière de l'interaction entre les art. 3 et 4 de la Loi et de l'objectif commun à la Convention et à la Loi.

40 In my view, s. 4 merely expands the concept of "wrongful removal"; it does not broaden the Act's definition of rights of custody. Under s. 4, a party who may be awarded rights of custody within the meaning of the Act can apply for the child's return even if the child is removed before the court's decision is rendered. In this way, by taking account of the fact that custody rights obviously become unsettled when the right to apply for a modification thereof has been exercised, s. 4 ensures that the execution of the custody order that is eventually made will not be frustrated by the untimely removal of the child.

L'article 4, à mon avis, ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite», et non la définition du droit de garde au sens de la Loi. En vertu de l'art. 4, une partie qui est susceptible de se voir attribuer un droit de garde tel que l'entend la Loi peut réclamer le retour de l'enfant, même si le déplacement de l'enfant s'est produit avant que la décision du tribunal ne soit rendue. De cette façon, en tenant compte de la précarité manifeste d'un droit de garde lorsque le droit d'en demander la modification a effectivement été exercé, l'art. 4 assure que l'exécution de l'ordonnance de garde qui sera éventuellement rendue ne sera pas frustrée par un déplacement intempestif de l'enfant.

41 The respondent objected to this concept of custody rights under both ss. 3 and 4 of the Act.

C'est à cette conception du droit de garde que s'oppose l'intimée tant en vertu de l'art. 3 que de l'art. 4 de la Loi.

42 The respondent made two arguments in support of her claim that, in Maryland, she had rights of custody within the meaning of the Act, making the child's removal wrongful under s. 3 of the Act. Although the respondent acknowledged that the appellant was awarded custody rights in Maryland that were *a priori* permanent, she asked this Court to consider the unsettled nature of those rights in the factual context of the case at bar. According to the respondent, the fact that the appellant removed the child without telling her or obtaining her consent automatically conferred rights of custody within the meaning of the Act on the Maryland courts, since the removal was a circumstance that might permit the custody order to be reviewed under both Maryland and Quebec law. In the alternative, the respondent argued that she had an implicit right to oppose the child's removal that was equivalent to rights of custody within the meaning of the Act. These two submissions basically reflect the Court of Appeal's interpretation of

L'intimée fait valoir deux arguments au soutien de sa prétention selon laquelle elle détenait, au Maryland, un droit de garde au sens de la Loi, rendant le déplacement de l'enfant illicite en vertu de l'art. 3 de la Loi. Bien que l'intimée reconnaisse qu'un droit de garde *a priori* définitif ait été attribué à l'appellant au Maryland, elle nous invite à considérer sa précarité dans le contexte factuel de l'espèce. Selon l'intimée, le fait pour l'appellant de déplacer l'enfant sans la prévenir ni obtenir son accord confère automatiquement un droit de garde au sens de la Loi aux tribunaux du Maryland puisque ce déplacement constitue une circonstance susceptible de permettre une révision de l'ordonnance de garde, tant en vertu du droit du Maryland que du droit québécois. Subsidiairement, l'intimée prétend qu'elle détenait un droit implicite de s'opposer au déplacement de l'enfant équivalant à un droit de garde au sens de la Loi. Ces deux propositions reflètent essentiellement l'interprétation que la Cour d'appel a donnée à la notion de garde au

the concept of custody under the Act in the case at bar and must, in my opinion, be rejected.

While the Court of Appeal described its interpretation of the concept of custody as [TRANSLATION] “large”, it actually adopted a very narrow interpretation in order to find that, although the respondent had only access rights, she had rights of custody within the meaning of the Act when the child was removed. By confusing, for all practical purposes, the concepts of custody rights and access rights, this interpretation amounts to saying that any removal of a child without the consent of the parent having access rights could set in motion the mandatory return procedure provided for in the Act and thus indirectly afford the same protection to access rights as is afforded to custody rights. In this regard, it is interesting to note the comments of Anton, *supra*, at p. 546, who seemed to exclude this possibility:

It is clear also from the definitions of custody and access in Article 5 that the removal or retention of a child in breach merely of access rights would not be a wrongful removal or retention in the sense of Article 3. It is less clear, but the definition of “rights of custody” in Article 5 at least suggests, that the breach of a right simply to give or to withhold consent to changes in a child’s place of residence is not to be construed as a breach of rights of custody in the sense of Article 3. A suggestion that the definition of “abduction” should be widened to cover this case was not pursued. [Emphasis added.]

It could, of course, be argued that an award of custody rights is never permanent because of the changeability over time of each of the circumstances relating to the child that may affect his or her best interests. Thus, the removal of a child from one country to another is undoubtedly a significant change in that child’s situation and may justify an application for a review of the award in certain circumstances. However, this does not mean that the courts in the child’s original jurisdiction automatically have rights of custody within the meaning of the Act following that removal. Accepting such a submission would amount to saying that all custody is unsettled and that every

sens de la Loi en l’espèce et, à mon avis, doivent être rejetées.

Bien qu’elle la qualifie de «large», la Cour d’appel adopte en fait une interprétation extrêmement restrictive de la notion de garde pour conclure que l’intimée, bien que détentrice de simples droits de visite, détenait un droit de garde au sens de la Loi au moment du déplacement de l’enfant. En confondant, à toutes fins pratiques, les concepts de droit de garde et de droit de visite, cette interprétation revient à dire que tout déplacement de l’enfant fait sans le consentement du parent détenteur d’un droit de visite pourrait déclencher le mécanisme de retour obligatoire prévu à la Loi et ainsi conférer indirectement au droit de visite une protection équivalente à celle du droit de garde. À ce sujet, il est intéressant de noter les commentaires d’Anton, *loc. cit.*, à la p. 546, qui semblent précisément exclure cette possibilité:

[TRADUCTION] Il ressort également des définitions des droits de garde et de visite à l’article 5 que le déplacement ou le non-retour d’un enfant en contravention du droit de visite seulement ne serait pas un déplacement ou un non-retour illicites au sens de l’article 3. Il est moins évident, mais la définition de l’expression «droit de garde» à l’article 5 le laisse au moins entendre, que la violation d’un droit consistant simplement à consentir ou à refuser un changement du lieu de résidence d’un enfant ne doit pas être interprété comme une violation du droit de garde au sens de l’article 3. Il n’a pas été donné suite à une suggestion visant à élargir la définition du terme «enlèvement» pour prévoir ce cas. [Je souligne.]

On pourrait, certes, affirmer que l’attribution d’un droit de garde n’est jamais définitive en raison de la fluidité dans le temps de chacune des circonstances afférentes à l’enfant susceptibles d’influer sur son meilleur intérêt. Ainsi, le déplacement d’un enfant d’un pays à un autre constitue sans aucun doute un changement important dans la situation de cet enfant et pourra justifier une demande de révision de cette attribution dans certaines circonstances. Il ne s’ensuit pas, cependant, que les tribunaux de la juridiction d’origine de l’enfant soient automatiquement investis d’un droit de garde au sens de la Loi suite à ce déplacement. Accepter une telle proposition équivaldrait à dire

time a custodial parent removes a child there might be a wrongful removal within the meaning of the Act. In my view, that is not the purpose of the Act, especially since the relevance of the unsettled nature of custody rights is clearly limited by s. 4 of the Act, which is directed to the specific situation in which proceedings for modifying those rights have actually been introduced when the child is removed.

45

I would also reject the respondent's alternative argument that the custody order made in the appellant's favour in Maryland implicitly included a prohibition on removing the child, thereby granting the respondent rights of custody within the meaning of the Act, and that the source of this prohibition is Maryland law, Quebec law, the judgments already rendered by the Maryland courts or the proceedings pending there. This argument flows from the first in that it also incorrectly equates custody rights in the strict sense with the right to apply for a modification of custody rights after the child is removed.

46

An examination of the Court of Special Appeals' judgment on May 14, 1991 shows that Maryland law reflects the principles applicable in Quebec with respect to the custodial parent's power to choose the child's place of residence. When the custodial parent unilaterally moves the child, this does not automatically result in a modification of the custody order. However, such a move may justify a review of that order if the parent objecting to it shows that there has been a "substantial change of circumstances" affecting the child's interests to such an extent as to justify the court's intervention. Thus, as is the case in Quebec, Maryland law recognizes that the custodial parent's decision-making power includes the choice of the child's place of residence, subject to the non-custodial parent's right to object to that choice if he or she considers it contrary to the child's interests.

47

Moreover, although *Thomson* did not determine whether an implicit restriction on removing a child under a court order or statute confers rights of custody within the meaning of the Act on either the

que toute garde est précaire et, à ce titre, chaque fois qu'un parent gardien déplacerait l'enfant, il pourrait y avoir déplacement illicite au sens de la Loi. Tel n'est pas, à mon avis, le but que poursuit la Loi, d'autant plus que la pertinence de la précarité d'un droit de garde est clairement circonscrite par l'art. 4 de la Loi qui vise la situation précise où il existe effectivement une instance visant à le faire modifier au moment du déplacement de l'enfant.

Je rejetterais également l'argument subsidiaire de l'intimée selon lequel l'ordonnance de garde rendue au Maryland en faveur de l'appelant comportait implicitement une interdiction de déplacer l'enfant, conférant ainsi à l'intimée un droit de garde au sens de la Loi, que cette interdiction tire sa source du droit du Maryland, du droit du Québec, des jugements déjà rendus par les tribunaux du Maryland ou encore des procédures qui y sont en cours. Cet argument découle du premier en ce qu'il adopte aussi l'adéquation fallacieuse entre le droit de garde proprement dit et le droit de demander une modification du droit de garde suite au déplacement de l'enfant.

Au vu du jugement du 14 mai 1991 de la Cour des appels spéciaux, le droit du Maryland reflète les principes applicables au Québec en ce qui a trait au pouvoir du parent gardien de choisir le lieu de résidence de l'enfant. En effet, le déménagement unilatéral de l'enfant par le parent gardien n'entraîne pas automatiquement une modification de l'ordonnance de garde. Cependant, un tel déménagement est susceptible de justifier une révision de cette ordonnance si le parent qui s'y oppose démontre un [TRADUCTION] «changement important de circonstances» qui affecte l'intérêt de l'enfant au point de justifier l'intervention du tribunal. Ainsi, comme c'est le cas au Québec, le droit du Maryland reconnaît que le pouvoir décisionnel du parent gardien emporte le choix du lieu de résidence de l'enfant, sous réserve de la faculté du parent non gardien de s'opposer à ce choix s'il lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant.

Qui plus est, quoique l'arrêt *Thomson* n'ait pas réglé la question de savoir si une restriction implicite au déplacement d'un enfant en vertu d'une ordonnance du tribunal ou de la loi confère un

court or the non-custodial parent, this Court's limitation of the effect of an express non-removal clause in a permanent custody order casts serious doubt on the validity of the respondent's argument.

The respondent is also asking this Court to depart from the literal meaning of the words "proceedings for . . . modifying the rights of custody" in s. 4 of the Act so as to include therein any proceedings for modifying access rights, on the basis that any modification of access rights, which are a component of custody rights, affects and limits custody rights accordingly. In my view, this interpretation must be rejected since it does not take into account the interaction between ss. 3 and 4 or the common objective of the Convention and the Act. As I stated above, only custody rights are protected by the mandatory return procedure provided for in the Act and s. 4 expands only the Act's concept of "wrongful removal", not that of "custody". The effect of the interpretation suggested by the respondent would be to afford the same protection to any access rights that are the subject of court proceedings as is afforded to custody rights. In my opinion, neither the purpose nor the letter of s. 4 supports compromising in this manner the distinction made by the Act between custody rights and access rights. Moreover, an acknowledgment that s. 4 of the Act extends the scope of the Convention in this way would fail to take account of the common objective of the Act and the Convention calling for the two documents to be interpreted consistently with each other.

Having disposed of this aspect of the proceedings, it must now be decided whether the Act is applicable to the circumstances of this case as the trial judge and the Court of Appeal found.

4. Application to the Case at Bar

The child was removed from Maryland to Michigan in November 1989 and from Michigan to Quebec on February 13, 1990. On the latter date, the most recent decision concerning the child's custody was that rendered by the Circuit Court of Maryland on September 29, 1988

droit de garde au sens de la Loi à ce tribunal ou au parent non gardien, la validité du raisonnement de l'intimée est sérieusement mise en doute par le bémol apporté par la Cour quant à l'effet d'une interdiction expresse de déplacer l'enfant dont une ordonnance de garde permanente est assortie.

L'intimée nous invite aussi à nous éloigner du sens littéral de l'expression «instance visant [. . .] à modifier le droit de garde» à l'art. 4 de la Loi de manière à y inclure toute procédure visant à modifier le droit de visite, puisque toute modification du droit de visite, en tant que démembrement du droit de garde, affecte le droit de garde et le circonscrit d'autant. À mon avis, cette interprétation doit être rejetée, car elle ne tient compte ni de l'interaction entre les art. 3 et 4, ni de l'objectif commun à la Convention et à la Loi. Comme je l'ai mentionné précédemment, seul le droit de garde est protégé par le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Loi et l'art. 4 ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite» au sens de la Loi, et non la notion de garde au sens de la Loi. Or, l'interprétation proposée par l'intimée aurait pour effet de conférer à tout droit de visite faisant l'objet d'un litige devant les tribunaux une protection équivalente à celle du droit de garde. À mon avis, ni le but ni la lettre de l'art. 4 ne supportent un tel accroc à la distinction que fait la Loi entre le droit de garde et le droit de visite. De plus, admettre que l'art. 4 de la Loi étende ainsi la portée de la Convention ne tient pas compte de l'objectif commun de la Loi et de la Convention qui invite à une interprétation harmonieuse de ces dernières.

Ayant disposé de cet aspect du litige, il y a lieu maintenant de décider si la Loi s'applique aux circonstances de cette affaire comme l'ont conclu le juge de première instance et la Cour d'appel.

4. Application à l'espèce

Le déplacement de l'enfant du Maryland au Michigan a eu lieu en novembre 1989 et le déplacement du Michigan au Québec le 13 février 1990. À cette dernière date, la décision la plus récente rendue relativement à la garde de l'enfant était celle du 29 septembre 1988 de la Cour de circuit

(affirmed by the Maryland Court of Special Appeals on November 8, 1989) awarding the appellant permanent custody of the child and the respondent supervised access rights. The motions made by the respondent in Maryland on December 15, 1989, which concerned only the enforcement, modification and expansion of her access rights, had not yet been ruled on and the appellant, at that time, was in Michigan with the child. However, under the agreement of February 1, 1990, a schedule of supervised visits had been established and the appellant had agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence when the respondent's motions were heard. Although the appellant did disregard that agreement when he left Michigan for Quebec on February 13, 1990, he did have permanent custody of the child without any restriction as to her removal.

du Maryland (confirmée par la Cour des appels spéciaux du Maryland le 8 novembre 1989) par laquelle la garde permanente de l'enfant était confiée à l'appelant et des droits de visite supervisée octroyés à l'intimée. Les requêtes présentées par l'intimée au Maryland le 15 décembre 1989 visant uniquement le respect, la modification et l'augmentation de ses droits de visite n'avaient pas encore été adjugées et l'appelant se trouvait alors au Michigan avec l'enfant. Cependant, dans le cadre de l'entente du 1^{er} février 1990, un horaire de visites supervisées avait été établi et l'appelant s'était engagé à faire subir à l'enfant une évaluation psychiatrique au Michigan en vue de la preuve à être soumise à l'audition des requêtes de l'intimée. Le 13 février 1990, bien que l'appelant ait quitté le Michigan pour le Québec au mépris de cette entente, il avait la garde permanente de l'enfant sans restriction aucune relativement au déplacement de l'enfant.

51

In light of the concept of custody under the Act, the child's removal was therefore not wrongful within the meaning of s. 3 of the Act. Nor can the situation be described as a "wrongful retention" within the meaning of that section. On this point, I will simply refer to the comments of La Forest J. in *Thomson*, *supra*, at pp. 592-93, where he found that the *ex parte* custody order obtained by the father in Scotland in that case following the child's removal did not confer custody rights on him that made the child's retention in Manitoba wrongful:

There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order of foreign jurisdictions. . . . "[W]rongful retention" . . . does not contemplate a retention becoming wrongful only after the issuance of a "chasing order"

To paraphrase, a wrongful retention begins from the moment of the expiration of the period of access, where the original removal was with the consent of the rightful custodian of the child.

À la lumière de la notion de garde selon la Loi, le déplacement de l'enfant n'était donc pas illicite au sens de l'art. 3 de la Loi. La situation ne se qualifie pas non plus de «non-retour illicite» au sens de cet article. Sur ce point, je réfère simplement aux propos du juge La Forest dans l'affaire *Thomson*, précitée, aux pp. 592 et 593, où il conclut que, dans cette affaire, l'ordonnance de garde obtenue *ex parte* en Écosse par le père suite au déplacement de l'enfant ne lui conférait pas un droit de garde rendant illicite la rétention de l'enfant au Manitoba:

Rien dans la Convention n'exige la reconnaissance d'une ordonnance de garde rendue *ex post facto* dans un autre ressort. [. . .] [L]e non-retour ne devient pas illicite uniquement après qu'une «ordonnance de retour» est rendue

En d'autres termes, le non-retour sera illicite dès l'expiration de la période de visite, lorsque le déplacement original a été autorisé par le gardien légal de l'enfant.

52

As for the proceedings pending when the child was removed, since they related solely to the respondent's access rights and not the appellant's custody rights, it must be concluded that s. 4 does not apply either. In this respect, the fact that the

Quant aux procédures pendantes à la date du déplacement de l'enfant, puisqu'elles ne visaient que les droits de visite de l'intimée et non le droit de garde de l'appelant, force est de conclure que l'art. 4 ne trouve pas non plus application. À cet

respondent applied only for a modification of her access rights when the child was removed from Maryland to Michigan suggests that the appellant's custody rights were neither disputed nor unsettled. Moreover, the child was already living in Michigan at that time, and the distance between Maryland and Michigan is considerable even if it is less than the distance between Maryland and Quebec. In addition, the respondent admitted that it was only at the court's suggestion that she filed a petition to modify custody. In these circumstances, the respondent's arguments must be rejected.

5. Conclusion

Neither s. 3 nor s. 4 of the Act are applicable since the appellant had custody of the child within the meaning of the Act when she was removed and no proceedings for modifying that custody had been introduced. It follows that the trial judge had no jurisdiction to hear the appellant's motion for custody of the child under the Act and the Court of Appeal was, therefore, wrong to follow the trial judge on this issue.

II

Jurisdiction of the Superior Court and the Concept of Custody under the Civil Code of Québec

Having said this, the question that arises is whether the Superior Court of Quebec had jurisdiction to hear the appellant's motion for custody of the child under Quebec civil law. If so, the concept of custody within the meaning of the *Civil Code of Québec* will determine whether the trial judge was entitled to dismiss the appellant's motion and whether, in doing so, he took into account the child's best interests.

1. Jurisdiction of the Superior Court of Quebec

Article 70 *C.C.P.* makes the domicile of either of the parties the connecting factor for establishing the jurisdiction of Quebec courts to hear applications in family cases, including child custody cases (Groffier, *supra*, at p. 271). If recourse must be had

égard, le fait que l'intimée, face au déplacement de l'enfant du Maryland au Michigan, n'ait demandé que la modification de ses droits de visite, tend à démontrer que le droit de garde de l'appellant n'était ni contesté, ni précaire. En outre, l'enfant résidait déjà au Michigan à cette époque: la distance entre le Maryland et le Michigan est appréciable même si elle est moindre que celle qui sépare le Maryland du Québec. De plus, l'intimée a admis que ce n'est que suite à la suggestion du tribunal qu'elle a déposé une requête pour changement de garde. Dans ces circonstances, les prétentions de l'intimée doivent être rejetées.

5. Conclusion

La Loi ne trouvant application en vertu ni de l'art. 3 ni de l'art. 4, puisqu'au moment du déplacement de l'enfant l'appellant en avait la garde au sens de la Loi et qu'il n'existait alors aucune instance visant à la faire modifier, il s'ensuit que le juge de première instance n'avait pas juridiction pour se saisir de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant par application de la Loi et la Cour d'appel a donc eu tort de le suivre sur ce terrain.

II

La compétence de la Cour supérieure et la notion de garde au sens du Code civil du Québec

Ceci dit, se pose la question de la compétence de la Cour supérieure du Québec de se saisir de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant en vertu du droit civil québécois. Dans l'affirmative, la notion de garde au sens du *Code civil du Québec* déterminera si le juge de première instance était en droit de rejeter la requête de l'appellant et si, ce faisant, il a tenu compte du meilleur intérêt de l'enfant.

1. La compétence de la Cour supérieure du Québec

L'article 70 *C.p.c.* fait du domicile de l'une ou l'autre des parties le critère de rattachement de la compétence des tribunaux québécois pour se saisir de demandes en matière familiale, dont la garde d'un enfant (Groffier, *op. cit.*, à la p. 271). Si tant

53

54

55

to the Quebec conflict of jurisdictions rules applicable at the time, it is recognized that Quebec courts have jurisdiction to rule on child custody once the child is domiciled, resident or physically present in Quebec or the person who has control of the child resides in Quebec (J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), at pp. 243-45; but see art. 3142 *C.C.Q.*).

est qu'il faille recourir aux règles québécoises de conflit de juridictions applicables à l'époque du litige, il est reconnu que les tribunaux québécois sont compétents pour se prononcer sur la garde d'un enfant dès lors que ce dernier est domicilié, réside ou est physiquement présent au Québec, ou que la personne qui en a le contrôle y réside (J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), aux pp. 243 à 245; mais voir l'art. 3142 *C.c.Q.*).

56

The concept of domicile and the requirements for a change of domicile are defined in the *Civil Code of Lower Canada*, which was in force at the time of the relevant facts. According to arts. 79 and 83 *C.C.L.C.* respectively (now arts. 75 and 80 *C.C.Q.*), the domicile of a person is "at the place where he has his principal establishment" and that of a "minor whose custody has been the subject of a judicial decision... with the person who has custody of him". Moreover, art. 80 *C.C.L.C.* (now art. 76 *C.C.Q.*) provides that "[c]hange of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment".

La notion de domicile ainsi que les conditions de changement de domicile sont définies au *Code civil du Bas Canada* alors en vigueur à l'époque des faits en litige. Ainsi, le domicile de toute personne se trouve «au lieu où elle a son principal établissement» et celui d'un «mineur dont la garde a fait l'objet d'une décision judiciaire [...] chez la personne qui en a la garde», comme le prévoient respectivement les art. 79 et 83 *C.c.B.C.* (maintenant les art. 75 et 80 *C.c.Q.*). Par ailleurs, l'art. 80 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 76 *C.c.Q.*) énonce que «[l]e changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement».

57

The appellant moved from Michigan to Quebec on February 13, 1990, evidently with the intention of establishing himself and the child there near his sister, who already lived there. This intention is clear, *inter alia*, from the fact that, once in Quebec, the appellant applied for and obtained Canadian citizenship for himself and his daughter. Thus, when he made a motion to the Superior Court of Quebec for custody of the child on May 6, 1991, both he and the child were domiciled in Quebec, where they had resided for almost 15 months. In any event, even if the appellant's domicile is not established, the residence of the appellant and the child in Quebec is a sufficient basis for the Superior Court's jurisdiction according to Quebec conflict of jurisdictions rules. I therefore find that the trial judge had jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child.

L'appelant a déménagé du Michigan au Québec le 13 février 1990, apparemment avec l'intention de s'y établir avec l'enfant auprès de sa sœur qui s'y trouvait déjà. Cette intention transparaît, notamment, du fait que l'appelant ait demandé et obtenu, une fois au Québec, la citoyenneté canadienne pour lui-même et pour sa fille. Ainsi, lorsqu'il a présenté sa requête pour la garde de l'enfant devant la Cour supérieure du Québec le 6 mai 1991, et l'appelant et l'enfant étaient domiciliés au Québec où ils résidaient depuis presque 15 mois. À tout événement, même si le domicile de l'appelant n'était pas établi, la résidence au Québec de l'appelant et de l'enfant suffit pour fonder la compétence de la Cour supérieure suivant les règles québécoises de conflit de juridictions. Je conclus donc que le juge de première instance avait effectivement juridiction pour connaître de la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant.

58

A final issue that must be addressed concerns the Superior Court's power to order the return of the child in the instant case. In exercising its jurisdiction over custody, the Superior Court has the

Une dernière question dont il faut traiter touche au pouvoir de la Cour supérieure d'ordonner le retour de l'enfant en l'instance. Dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière de garde,

general powers conferred on it by art. 46 C.C.P. (*Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644 (*per Beetz J.*)). This supplementary provision grants courts and judges "all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction" and authorizes them, *inter alia*, to "make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law". The Superior Court's jurisdiction to order the return of the child in the instant case falls under these powers.

In passing, I observe that the origin of the Superior Court's general powers is unrelated to the concept of *parens patriae* jurisdiction conferred on superior courts of the provinces by the common law, as noted by R. P. Kouri in "L'arrêt *Eve* et le droit québécois" (1987), 18 *R.G.D.* 643, at pp. 648-49:

[TRANSLATION] [The *parens patriae* jurisdiction] was traditionally vested in the Lord Chancellor and was later assumed by the British Court of Chancery. In the Canadian common law provinces, the Judicature Acts provided that the superior courts had the same powers as the Court of Chancery. Moreover, as we have already noted, these common law provinces each retained English law on their territory. Thus, the delegation of the *parens patriae* power to the superior courts of these provinces was clearly set out in legislation.

The situation is completely different in the province of Quebec, since our legislative development has not been the same. First of all, *The Quebec Act* reintroduced the civil-based law of the Ancien Régime and the 1793 statute on the judicature granted the Courts of King's Bench the powers of the courts of *Prevoté*, *Justice Royale*, *Intendant* and Superior Council. The legislature never conferred the powers of a Court of Chancery on the Court of King's Bench or its successor, the Superior Court. These courts have therefore never had the same jurisdiction as the Court of Chancery. Accordingly, in the province of Quebec the *parens patriae* prerogatives cannot be exercised by our courts but are vested exclusively in the Queen's representative, the Lieutenant Governor. [Footnotes omitted.]

la Cour supérieure dispose des pouvoirs généraux qui lui sont reconnus à l'art. 46 C.p.c. (*Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, à la p. 644 (le juge Beetz)). Cette disposition supplétive attribue aux tribunaux et aux juges «tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence» et les habilite notamment à «rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique». C'est à l'intérieur de ces pouvoirs que s'inscrit la compétence de la Cour supérieure d'ordonner le retour de l'enfant en l'espèce.

Je note, en passant, que l'origine des pouvoirs généraux de la Cour supérieure n'a rien à voir avec la notion de compétence *parens patriae* reconnue par la common law aux cours supérieures des provinces, ainsi que le souligne R. P. Kouri, «L'arrêt *Eve* et le droit québécois» (1987), 18 *R.G.D.* 643, aux pp. 648 et 649:

Traditionnellement, [la compétence *parens patriae*] revenait au *Lord Chancellor* et par la suite, elle a été assumée par la *Court of Chancery* d'Angleterre. Dans les provinces canadiennes de common law, selon les *Judicature Acts*, les cours supérieures étaient revêtues des mêmes pouvoirs que la *Court of Chancery*. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà souligné, ces provinces de common law ont, chacune à tour de rôle, retenu le droit anglais dans leurs territoires. Ainsi, la délégation du pouvoir de *parens patriae* aux tribunaux supérieurs de ces provinces a été clairement énoncée par la législation.

En ce qui a trait à la Province de Québec, la situation est tout autre car nous n'avons pas suivi le même cheminement législatif. En premier lieu, l'*Acte de Québec* a réintroduit le droit d'inspiration civile de l'ancien régime, et la loi de 1793 sur la judicature avait conféré aux Cours du Banc du Roi, les pouvoirs des Cours de *Prévôté*, *Justice Royale*, *Intendant* et *Conseil Supérieur*. Jamais le législateur n'a-t-il conféré à la Cour du Banc du Roi, ni à son successeur, la Cour supérieure, les pouvoirs d'une *Court of Chancery*. Ces tribunaux n'ont donc jamais bénéficié d'une juridiction équivalente à celle de la Cour de chancellerie. Par voie de conséquence, dans la Province de Québec, l'exercice des prerogatives de *parens patriae* ne peut revenir à nos tribunaux mais relève plutôt du représentant de la Reine, le Lieutenant-gouverneur, et ce, de façon exclusive. [Renvois omis.]

Professor Michel Morin's exhaustive study, "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire" (1990), 50 *R. du B.* 827, confirmed that the *parens patriae* jurisdiction does not exist in Quebec. Moreover, the author noted at pp. 901-2 that this jurisdiction is unnecessary in Quebec, *inter alia* in cases concerning children:

[TRANSLATION] [C]ivil law judgments have been able to take the child's interests into account without having to borrow from a foreign system of law. . . . Moreover . . . in private international law the use of the *parens patriae* jurisdiction in Quebec seems inadvisable. It adds superfluous criteria to the general provisions of the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*. All things considered, we believe that judgments based on this uncertain concept duplicate what already exists in the civil law.

Contra: Droit de la famille — 323, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.). In any event, it is well settled that a court may exercise the *parens patriae* jurisdiction only in the absence of a specific statutory provision (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 426 (*per La Forest J.*)), which is not the case here given art. 46 *C.C.P.*, to which I referred above.

Since I have found that the trial judge had jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child, provided that the judge applied the Quebec civil law concept of custody, it does not really matter that he relied on the Act in exercising this jurisdiction. From this perspective, it is helpful to review the concept of custody under the *Civil Code of Québec*.

2. Concept of Custody under the *Civil Code of Québec*

In Quebec, the concept of custody is included in the concept of parental authority, of which it is one of the main attributes under art. 647 *C.C.Q.* (now art. 599): "The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children". This concept is not defined anywhere in the *Civil Code of Québec*, except that it comprises both rights and duties for parents, which give rise to a duty on the child's part to respect

L'étude exhaustive du professeur Michel Morin, «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990), 50 *R. du B.* 827, confirme que la compétence *parens patriae* n'existe pas au Québec. Aux pages 901 et 902, l'auteur souligne, de surcroît, l'inutilité de cette compétence au Québec, notamment en ce qui concerne les litiges concernant les enfants:

[L]a jurisprudence civiliste a su tenir compte de l'intérêt de l'enfant, sans qu'il soit nécessaire d'emprunter à un système de droit étranger. [...] D'autre part, [...] en droit international privé, l'utilisation de la compétence *parens patriae* paraît contre-indiquée au Québec. Elle ajoute des critères superflus aux dispositions générales du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. Au total, nous croyons que la jurisprudence issue de cette notion incertaine fait double emploi avec ce qui existe déjà en droit civil.

Contra: Droit de la famille — 323, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.). De toute façon, il est bien établi que la compétence *parens patriae* ne peut être exercée par une cour qu'en l'absence d'une disposition législative spécifique (*E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, à la p. 426 (le juge La Forest)), ce qui n'est pas le cas en l'espèce étant donné l'art. 46 *C.p.c.* auquel je viens de référer.

Ayant conclu que le juge de première instance était compétent pour connaître de la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant, si le juge a appliqué la notion de garde selon le droit civil québécois, peu importe qu'il se soit basé sur la Loi pour exercer cette compétence. Dans cette perspective, il est utile de revenir sur la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*.

2. La notion de garde au sens du *Code civil du Québec*

La notion de garde s'inscrit au Québec à l'intérieur du concept d'autorité parentale, dont elle est l'un des principaux attributs selon l'art. 647 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 599): «Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.» Cette notion n'est définie nulle part au *Code civil du Québec*, sauf en ce qu'elle constitue pour les parents à la fois un droit et un devoir qui se traduit

parental authority. Article 650 C.C.Q. (now art. 602) provides that "[n]o unemancipated minor may leave the family home without the consent of the person having parental authority".

As long as the parents live together, they both exercise all the attributes of parental authority, including the duties involved in custody. In the event of separation from bed and board or divorce, however, an award of custody to one of the parents or a third person authorizes that person to make all decisions in respect of the child. According to the Honourable Albert Mayrand, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 206, [TRANSLATION] "the custodian has the initiative on his or her side; he or she exercises authority directly without having to rely on the court's authority or consult his or her former spouse".

The custodial parent's right to take the initiative and his or her decision-making autonomy are perfectly consistent with the logic behind the fundamental distinction between custody rights and access rights, a distinction upon which the respective roles of the custodial parent and the non-custodial parent are based. Thus, the non-custodial parent retains only a right to supervise the child, which may be exercised by means of the right to have access to the child and take the child out. This was stated as follows by the Honourable Robert Lesage in "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46, at p. 49:

[TRANSLATION] The non-custodial parent can become directly involved in day-to-day decisions concerning the child only within the limits of his or her access rights. He or she does not have custody. Access is not synonymous with alternating custody, even where the right to take the child out is broad. The custodial parent retains complete responsibility for the child's person. [Emphasis added.]

To the same effect, see E. Groffier-Atala, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223, at p. 229; C. L'Heureux-Dubé, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835, at pp. 850-51.

sent par l'obligation pour l'enfant de la respecter. En effet, l'art. 650 C.c.Q. (maintenant l'art. 602) énonce que «[l]e mineur non émancipé ne peut, sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale, quitter la demeure familiale.»

Tant que les parents font vie commune, ils exercent ensemble tous les attributs que confère l'autorité parentale, dont le devoir de garde. En cas de séparation de corps ou de divorce, cependant, l'attribution de la garde à l'un des parents ou à un tiers a pour effet d'habiliter le gardien à prendre seul toutes les décisions relatives à l'enfant. Selon l'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, à la p. 206, «le gardien a l'avantage de l'initiative; il exerce son autorité directement sans avoir à recourir à celle du tribunal et sans être tenu de consulter son ex-conjoint».

Le droit d'initiative et l'autonomie décisionnelle du parent gardien s'inscrivent parfaitement dans la logique de la distinction fondamentale qui existe entre le droit de garde et le droit de visite, distinction dont découlent les rôles respectifs des parents gardien et non gardien. Ainsi, le parent non gardien ne conserve qu'un droit de surveillance à l'endroit de l'enfant, lequel droit peut être exercé au moyen du droit de visite et de sortie. C'est ce qu'exprime l'honorable Robert Lesage, «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46, à la p. 49:

Le parent non gardien n'a droit d'intervenir directement auprès de l'enfant dans les décisions courantes que dans les limites de son droit d'accès. Il n'est pas gardien. Accès n'est pas synonyme de garde alternée, même si les droits de sortie sont étendus. Le parent gardien conserve l'entière responsabilité de la personne de l'enfant. [Je souligne.]

Au même effet, voir: E. Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223, à la p. 229; C. L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, aux pp. 850 et 851.

64

Courts have expressed complete agreement with this view. In *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (Que. C.A.), Gendreau J.A. wrote the following at p. 191:

[TRANSLATION] It goes without saying that, as a general rule, when custody of a child is awarded to one parent, he or she then exercises all the attributes of parental authority and the other parent does not normally interfere with the custodial parent's approach except in performing his or her supervisory role. In this way, unity in the child's development is preserved and fragmentation and rifts that might be harmful to the child are avoided.

65

However, the non-custodial parent does not lose the status of a person having parental authority: he or she may and must continue to perform his or her duties of supervision and education in so far as this is not incompatible with the custodial parent's custody rights (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 164 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at pp. 281-82 (*per* Beetz J.)). This principle is also expressed as follows in art. 570 C.C.Q. (now art. 605): "Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means".

66

The same is not true, however, for custody rights, the third component of parental authority. Mayrand, *supra*, stated the following at p. 196:

[TRANSLATION] [S]eparation or divorce makes it impossible for [the non-custodial parent] to discharge the duties of custody. As long as that parent is prevented from fulfilling his or her custody obligations, he or she is released therefrom; in family law as in property law, "no one is bound to do the impossible".

What impedes the exercise of his or her rights is the exercise of the same rights by the spouse or former spouse to whom the court has entrusted the child. [Footnote omitted.]

He adds at p. 206:

[TRANSLATION] To the extent that the non-custodial parent's parental authority is diminished and weakened, that of the person to whom the court awards custody is strengthened. His or her rights of custody, in the strict

La jurisprudence abonde également en ce sens. Dans l'arrêt *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (C.A. Qué.), le juge Gendreau écrit, à la p. 191:

Il va de soi qu'en règle générale, lorsque la garde d'un enfant est confiée à un parent, il exerce alors tous les attributs de l'autorité parentale et l'autre parent ne s'immisce ordinairement pas dans la façon de faire du gardien, sauf dans l'exercice de son rôle de surveillance. On préserve ainsi l'unité du développement de l'enfant et évite des éparpillements et des déchirements qui pourraient lui être néfastes.

Le parent non gardien ne perd pas, toutefois, sa qualité de titulaire de l'autorité parentale: il peut et doit, dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec le droit de garde du parent gardien, continuer à exercer ses devoirs de surveillance et d'éducation (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 164 (le juge L'Heureux-Dubé); *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, aux pp. 281 et 282 (le juge Beetz)). Ce principe est d'ailleurs exprimé à l'art. 570 C.c.Q. (maintenant l'art. 605) en ces termes: «Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.»

Il n'en va pas de même, cependant, en ce qui a trait au devoir de garde, troisième élément constitutif de l'autorité parentale. Selon Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 196:

[L]'accomplissement [du] devoir de garde [du parent non gardien] est rendu impossible par la séparation ou le divorce. Aussi longtemps qu'il est empêché d'exécuter son obligation de garde, il s'en trouve libéré; en droit de la famille comme en droit patrimonial, «à l'impossible nul n'est tenu».

Ce qui fait échec à l'exercice de son droit est précisément l'exercice du même droit par le conjoint ou l'ex-conjoint à qui le tribunal a confié l'enfant. [Renvoi omis.]

Le même auteur ajoute, à la p. 206:

Dans la proportion où l'autorité parentale du parent non-gardien est diminuée et affaiblie, celle du gardien désigné par le tribunal est renforcée. Son droit de garde au sens strict du mot, qu'il partageait avec son conjoint,

sense of the word, which were once shared with his or her spouse, become exclusive rights, except that he or she is normally subject to the right granted to the former spouse to visit the child and to have the child stay with him or her for limited periods.

More specifically, it is generally recognized that the concept of custody includes, *inter alia*, the right to determine the child's place of residence as a necessary attribute of custody. Mayrand, *supra*, stated this as follows at p. 195:

[TRANSLATION] [C]ustody may be defined as *the right and duty of the father and mother to keep their minor child in their home or to determine the child's place of residence in order to properly carry out their duty to supervise and educate the child.* [Emphasis in original.]

Along the same lines, Professor Monique Ouellette, *Droit de la famille* (3rd ed. 1995), at p. 224, expressed the opinion that [TRANSLATION] "[c]ustody rights presuppose that the parents 'physically' live with the child". Similarly, according to P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), vol. 2, at p. 145, it is the parents [TRANSLATION] "who determine the type of education [the child] will receive and where [the child] must reside for his or her education or learning".

In this regard, the impact of awarding custody of a child to a third person was examined by this Court in *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, in which Beetz J. stated the following at pp. 285-86:

[S]omeone to whom a court awards the custody of a child clearly enjoys the exercise of part of the parental authority, which indeed surpasses the mere determination of the child's residence. . . . The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child. Accordingly, a minor whose custody is awarded to a third person acquires the domicile of that person (art. 83 C.C.L.C.) As Professor Simler correctly observes:

[TRANSLATION] The crux of the problem is the right to determine where the child lives. It is important to remember that though the concept of custody is not defined by this right alone, it is nevertheless this right that gives the person having custody the necessary means of performing his function. *It is therefore inconceivable to speak of custody of a child in the absence of this element.*

devient un droit exclusif, sauf qu'il est ordinairement soumis à la faculté accordée à l'ex-conjoint de visiter et d'héberger l'enfant pour des périodes limitées.

Plus particulièrement, il est généralement reconnu que la notion de garde emporte, entre autres, le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant en tant qu'attribut nécessaire de la garde. Comme le formule Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 195:

[L]a garde peut se définir comme *le droit et le devoir qu'ont les père et mère de retenir leur enfant mineur dans leur demeure ou de déterminer le lieu de sa résidence, afin de mieux remplir envers lui leur devoir de surveillance et d'éducation.* [En italique dans l'original.]

En ce sens, le professeur Monique Ouellette, *Droit de la famille* (3^e éd. 1995), à la p. 224, est d'avis que «[l]e devoir de garde suppose que les parents vivent «physiquement» avec l'enfant». De même, selon P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, à la p. 145, ce sont les parents «qui déterminent le genre d'éducation [que l'enfant] recevra, le lieu où il doit résider pour son éducation ou pour son apprentissage».

À cet égard, la portée de l'attribution de la garde d'un enfant à un tiers a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, où le juge Beetz affirme, aux pp. 285 et 286:

[U]ne personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. [. . .] Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant. C'est ainsi que le mineur dont la garde est confiée à un tiers acquiert le domicile de cette personne (art. 83 C.c.B.-C.) Comme le souligne à juste titre le professeur Simler:

Le nœud du problème réside dans le droit de fixer la résidence de l'enfant. Il faut se rappeler que si ce droit ne définit pas à lui seul la notion de garde, c'est lui cependant qui confère au gardien le moyen indispensable pour assurer sa fonction. *Il paraît donc inconcevable de parler de garde de l'enfant en l'absence de cet élément.*

(P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708.) [Emphasis added by Professor Simler.]

Since Quebec civil law does not differentiate according to whether custody of a child is awarded to one of the child's parents or a third person (art. 570 *C.C.Q.* (now art. 605)), these comments apply to all custody awards.

(P. Simler, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708.) [Les italiques sont du professeur Simler.]

Le droit civil québécois ne distinguant pas selon que la garde d'un enfant ait été confiée à un de ses parent ou à un tiers (l'art. 570 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 605)), ces remarques valent pour toute attribution de garde.

69

However, the custodial parent's power to determine the child's place of residence remains subject to the right of the non-custodial parent, whether or not he or she has access rights, to challenge the exercise of that power by bringing an action under art. 653 *C.C.Q.* (now art. 604), which, "[i]n the case of difficulties relating to the exercise of parental authority", allows the non-custodial parent to refer the matter to the court. As Professor Jean Pineau stated in *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), at pp. 135-36:

[TRANSLATION] However, it must not be forgotten that the duties deriving from parental authority remain even where the exercise of such authority is dismembered. That is why, under article 215 [*C.C.L.C.* (now art. 605)], both the father and mother retain the right to watch over the maintenance and education of their children, regardless of who obtains custody of them. Accordingly, a problem may arise when one of the spouses decides to move abroad and that spouse has custody: in such a case, the other spouse, who can no longer exercise his or her right to watch over the child, might apply to the court for a new order granting him or her custody of the child. [Emphasis added.]

Thus, in some cases a change in the child's place of residence may be a new circumstance capable of justifying a modification of the custody order.

Le pouvoir décisionnel du parent gardien quant au choix du lieu de résidence de l'enfant demeure, néanmoins, assujéti au droit du parent non gardien, détenteur ou non d'un droit de visite, d'en contester l'exercice par l'entremise du recours prévu à l'art. 653 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 604) qui lui permet de saisir le tribunal «[e]n cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale». Comme l'expose le professeur Jean Pineau, *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), aux pp. 135 et 136:

Toutefois, il ne faut pas oublier que les devoirs découlant de l'autorité parentale demeurent, même si l'exercice de celle-ci est démembré. C'est pourquoi, en vertu de l'article 215 [*C.c.B.C.* (maintenant l'art. 605)], l'un et l'autre des père et mère conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, quelle que soit la personne qui en ait obtenu la garde. Aussi, peut se poser un problème lorsque l'un des époux décide d'aller vivre à l'étranger et que la garde est confiée précisément à celui qui s'éloigne: en ce cas, le conjoint, ne pouvant plus exercer son droit de surveillance, pourrait demander que le tribunal rende une nouvelle ordonnance qui lui accorderait la garde de cet enfant. [Je souligne.]

Ainsi, le changement du lieu de résidence de l'enfant peut, en certains cas, constituer une circonstance nouvelle susceptible de justifier une modification de l'ordonnance de garde.

70

In summary, authors and the courts both affirm that the *Civil Code of Québec* has adopted a liberal concept of custody — one that does not include access rights — that gives the custodian the exclusive power to make all decisions in respect of the child, including the choice of the child's place of residence.

En résumé, tant la doctrine que la jurisprudence confirment que le *Code civil du Québec* retient une conception libérale de la notion de garde, conception dont ne fait pas partie le droit de visite, qui confère au gardien le pouvoir de prendre seul toutes les décisions au sujet de l'enfant, notamment quant au choix du lieu de sa résidence.

From a comparative perspective, it is interesting to note that the liberal concept of custody is also well established at the present time in divorce matters, as noted by J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3rd ed. 1993), at p. 240:

In Canadian divorce proceedings, case law tends to support the conclusion that, in the absence of directions to the contrary, an order granting "sole custody" to one parent signifies that the custodial parent shall exercise all the powers of the legal guardian of the child. The non-custodial parent with access privileges is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint custodian of the child. [Emphasis added.]

According to the same author at pp. 242-43, this interpretation of custody rights remains the same under the *Divorce Act*, 1985, S.C. 1986, c. 4 (now the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)):

The provisions of the *Divorce Act*, 1985, and particularly the definitions of "custody" and "accès" in section 2(1), may preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. Pursuant to section 2(1), "custody" includes care, upbringing and any other incident of custody" and "accès" comporte le droit de visite." The use of the word "includes" in the definition of "custody" implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in section 2(1) Consequently, in the absence of an order for shared parenting or a court-ordered division of the incidents of custody, a non-custodial spouse with access privileges would remain a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child's welfare, growth and development. [Emphasis added.]

As is the case in Quebec civil law, it follows from this broad concept of custody that choosing the child's residence has been recognized to be a prerogative of the custodial parent, subject to the non-custodial parent's right to apply to the court to vary the terms and conditions of custody and access after the child is removed (s. 17(1) and (5) of the *Divorce Act*). This principle has been reiterated by the Quebec Court of Appeal a number of times in the context of the *Divorce Act*: *Droit de la famille* — 120, [1984] C.A. 101, at p. 104 (*per*

À titre d'éclairage comparatif, il est intéressant de noter que la conception libérale de garde est également bien établie en matière de divorce à notre époque, comme le fait remarquer J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3^e éd. 1993), à la p. 240:

[TRADUCTION] Dans les procédures en divorce au Canada, la jurisprudence tend à corroborer la conclusion qu'en l'absence de directives contraïres, une ordonnance confiant la garde à un parent comporte l'attribution au parent gardien de tous les pouvoirs qui reviennent au tuteur de l'enfant. Le parent qui n'a pas la garde, mais a un droit d'accès, est donc privé des droits et responsabilités dont il était investi auparavant lorsqu'il avait la garde partagée de l'enfant. [Je souligne.]

Selon le même auteur, aux pp. 242 et 243, cette interprétation du droit de garde demeure inchangée sous l'empire de la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, ch. 4 (maintenant la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)):

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* et, en particulier, les définitions des termes «garde» et «accès» au par. 2(1) interdisent apparemment aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. Selon le par. 2(1), «[s]ont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache» et ««accès» comporte le droit de visite.» L'expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique nécessairement que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [. . .] En conséquence, en l'absence d'ordonnance modificative de l'ordonnance confiant la garde inconditionnellement à l'un des parents, par rapport à la totalité ou à l'un des éléments de la garde, l'époux qui n'a pas la garde mais un droit d'accès n'est qu'un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l'enfant. [Je souligne.]

Comme c'est le cas en droit civil québécois, il découle de cette conception large de la notion de garde que le choix de la résidence de l'enfant a été reconnu comme une prerogative du parent gardien, soumis au droit du parent non gardien de demander au tribunal de modifier les modalités de garde et d'accès suite à un déplacement de l'enfant (par. 17(1) et (5) de la *Loi sur le divorce*). Ce principe a été réitéré dans le contexte de la *Loi sur le divorce* à maintes reprises par la Cour d'appel du Québec: *Droit de la famille* — 120, [1984] C.A. 101, à la

Mayrand J.A.); *Droit de la famille* — 7, [1984] C.A. 350, at p. 354 (*per* Mayrand and Monet JJ.A., Bernier J.A. dissenting); *Droit de la famille* — 190, [1985] C.A. 201, at pp. 203-4 (*per* Chouinard J.A.); *Droit de la famille* — 1826, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *aff'd* [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*). By way of example, in the last-mentioned case, the mother, who had custody rights, moved with the child from Quebec to France in disregard of the father's access rights and of an agreement confirmed by a court order that prohibited such a removal. Although, in that specific case, the father was eventually awarded custody of the child, Proulx J.A. stated unequivocally that [TRANSLATION] "there is attached to the right of custody a right to decide where the child will live" (p. 1735).

p. 104 (le juge Mayrand); *Droit de la famille* — 7, [1984] C.A. 350, à la p. 354 (les juges Mayrand et Monet, le juge Bernier étant dissident); *Droit de la famille* — 190, [1985] C.A. 201, aux pp. 203 et 204 (le juge Chouinard); *Droit de la famille* — 1826, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), confirmé par [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*). À titre d'exemple, dans cette dernière affaire, la mère, détentrice du droit de garde, a déménagé avec l'enfant du Québec en France au mépris du droit de visite du père ainsi que d'une convention entérinée par ordonnance du tribunal interdisant un tel déplacement. Quoique, dans ce cas précis, la garde de l'enfant ait éventuellement été confiée au père, le juge Proulx déclare sans équivoque qu'«au droit de garde est attaché celui de choisir le lieu de résidence de l'enfant» (p. 1735).

73

Thus, the concept of custody under the *Civil Code of Québec*, as at common law and under the *Divorce Act*, cannot be distinguished from the concept of custody under the Convention and the Act. Since these different systems all give this concept a broad meaning that is distinct from access rights and that includes, *inter alia*, the right to choose the child's place of residence, it is of little consequence that the trial judge ruled on the appellant's motion for custody of the child under the Act rather than the *Civil Code of Québec*.

Ainsi, la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*, tout comme d'ailleurs la common law et la *Loi sur le divorce* à cet égard, ne se distingue pas de la notion de garde telle que l'entendent la Convention et la Loi. Puisque cette notion reçoit indistinctement, sous ces différents régimes, un sens large, indépendant du droit de visite, qui comprend, notamment, le choix du lieu de résidence de l'enfant, il importe donc peu que le juge du procès se soit prononcé sur la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec*.

74

This brings us to the question whether, despite the fact that the trial judge took the wrong legal approach by applying the Act to the circumstances of the case at bar, he would have come to the same conclusion had he applied the *Civil Code of Québec*. From this perspective, it should be recalled that the interests of the child are the fundamental criterion in matters of child custody, which was the subject of the motion before the trial judge.

Ceci nous amène à décider si, malgré le fait que le juge de première instance se soit mal dirigé en droit en appliquant la Loi aux circonstances de l'espèce, il en serait venu à la même conclusion s'il avait appliqué le *Code civil du Québec*. Dans cette perspective, il convient de rappeler le critère fondamental de l'intérêt de l'enfant en matière de garde d'enfant, nature de la requête dont le juge de première instance était saisi.

3. The Interests of the Child

3. L'intérêt de l'enfant

75

As we know, the interests of the child are central to any decision concerning the child. This is the principle underlying the Convention and the Act. It is also the criterion adopted by the *Civil Code of Québec*, the courts and authors.

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.

The primacy of the child's interests is recognized by the Convention's fundamental objective, which is confirmed in the Act and set out in the preamble to the Convention: "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody". This objective is in keeping with the universal recognition that the interests of the child must prevail, as stated in a number of international documents in addition to the Convention, such as the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Article 3 of which provides that "[i]n all actions concerning children . . . the best interests of the child shall be a primary consideration".

In the specific context of the removal or retention of a child in breach of custody rights, the Convention and the Act presume that the interests of the child lie in being promptly returned to his or her habitual place of residence for a determination on the merits of custody, where necessary. Thus, the interests of the child within the meaning of the Convention and the Act "should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing" (*Thomson, supra*, at p. 578 (*per* La Forest J.)). However, Article 13 of the Convention recognizes that, in certain clearly defined situations, the interests of the child before the court may on an exceptional basis justify not ordering the child's return (Schuz, *supra*, at p. 776). According to the Act, which is to the same effect, the Superior Court may refuse to order the return of the child for certain reasons, *inter alia* if it is demonstrated that the child is now settled in Quebec within the meaning of s. 20.

As with the concept of custody under the Convention and the Act, the best interests of the child also underlie the concept of custody under the *Civil Code of Québec*. The evolution of the concept of custody in Quebec, which I reviewed in detail in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at pp. 156-59,

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.

À l'instar de la notion de garde au sens de la Convention et de la Loi, c'est également le meilleur intérêt de l'enfant qui sous-tend la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*. En effet, l'évolution de la notion de garde au Québec que j'ai retracée de façon détaillée dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, aux pp. 156 à 159, démontre qu'à la puissance paternelle s'est substitué le meilleur

shows that the child's best interests have been substituted for paternal authority, at pp. 158-59:

It can thus be seen that, at that time, paternal authority amounted, for all practical purposes, to a right of ownership of the father over the children. Later, in the fifties, the courts moved towards recognizing the rights of children over those of parents, although the father continued to be favoured. Little by little the criterion of the child's best interests emerged in custody decisions, a change that coincided with movements toward equality of the sexes.

Finally, on April 2, 1981, that part of the new *Civil Code of Quebec* altering existing family law came into effect. Not only are spouses now regarded as equal, but the best interests of the child henceforth govern the awarding of child custody.

leur intérêt de l'enfant. On peut lire, aux pp. 158 et 159:

On constate donc qu'à cette époque, la puissance paternelle équivalait, à toutes fins pratiques, à un droit de propriété du père sur les enfants. Par la suite, vers les années 50, la jurisprudence évolua vers la reconnaissance des droits de l'enfant de préférence à ceux des parents, même si le père demeurait favorisé. Peu à peu, se dégagea le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans l'attribution de la garde, parallèlement au cheminement qui visait à l'égalité des sexes.

Enfin, le 2 avril 1981, entra en vigueur cette partie du nouveau *Code civil du Québec* qui allait réformer le droit de la famille. Non seulement les époux sont-ils désormais considérés comme égaux, mais encore le meilleur intérêt de l'enfant gouverne dorénavant l'attribution de la garde des enfants.

79 In light of the evolution of custody rights in Quebec, which is similar to that of the common law in this regard (*King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 93 (*per* McIntyre J.)), it must now be determined what criterion applies when custody is awarded outside the context of divorce or separation from bed and board. The *Divorce Act* provides that in making a custody order, "the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child" (s. 16(8)). In the context of separation from bed and board, art. 569 *C.C.Q.* (now art. 514) requires the court to decide as to the custody of children "in their interest and in the respect of their rights".

À la lumière de l'évolution du droit de garde au Québec, qui est d'ailleurs semblable à celle de la common law à cet égard (*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 93 (le juge McIntyre)), il faut maintenant s'interroger sur le critère applicable en matière de garde lorsque sa détermination se fait à l'extérieur des contextes de divorce et de la séparation de corps. En effet, la *Loi sur le divorce* prévoit qu'en rendant une ordonnance de garde, «le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation» (par. 16(8)). On sait également que dans le cadre de la séparation de corps, l'art. 569 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 514) impose au tribunal le devoir de statuer sur la garde des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits».

80 The only criterion that governs decisions about a child in custody proceedings, as in any other proceedings concerning the child, is stated in art. 30 *C.C.L.C.* (now art. 33 *C.C.Q.*), which I have already quoted: "the child's interest and the respect of his rights".

Le seul critère qui régit les décisions prises au sujet d'un enfant dans un litige relativement à sa garde, comme dans tout autre litige qui le concerne, est formulé à l'art. 30 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 33 *C.c.Q.*) déjà cité: «[l']intérêt de l'enfant et le respect de ses droits».

81 In *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, which considered the conditions for awarding custody of a child to a third person in Quebec civil law, Beetz J., for the

Dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, où il s'agissait des conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le

Court, stated the following about the scope of art. 30 *C.C.L.C.*, at p. 269:

The child's interest has become the cornerstone of decisions concerning it in Quebec civil law. The reform of family law introduced in 1980 by the adoption of the *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, has made the child's interest paramount. The rule that the child's interest must prevail was for the first time unequivocally recognized in the *Civil Code* with that reform. . . .

According to Beetz J., "[t]here can be no question that art. 30 *C.C.L.C.* applies to custody matters" (p. 271). Thus, as I wrote in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at p. 174: "Accordingly, whether rights of custody or access are involved, the child's best interests as set out in art. 30 *C.C.L.C.* will be the sole guide". (Emphasis in original.)

Authors and courts are unanimous in this regard. Professor Mireille D. Castelli, *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce* (1993), at p. 225, states that the only criterion that applies in custody matters is that of the child's interests, as set out in art. 33 *C.C.Q.* or, in the case of divorce, s. 16 of the *Divorce Act*. Professor Ouellette, *supra*, at pp. 225-26, noted that while the criteria for awarding custody to a parent are many and varied, [TRANSLATION] "[t]he entire process is concerned with the child's best interests, the only absolute criterion". More specifically, where a child is removed and a conflict of jurisdictions arises, it is recognized that, once the jurisdiction of Quebec courts to rule on the child's custody has been established, the court must be guided by the best interests of the child and must not concern itself with the law of the child's domicile (Castel, *supra*, at p. 245; Groffier, *supra*, at p. 144).

Given that the child's best interests are, therefore, the criterion governing custody awards, it must be determined whether the trial judge actu-

juge Beetz, au nom de la Cour, se prononce sur la portée de l'art. 30 *C.c.B.C.* en ces termes, à la p. 269:

L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39, a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le *Code civil*. . . .

Selon le juge Beetz, «[l']application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* en matière de garde ne saurait faire de doute» (p. 271). Ainsi, comme je l'ai écrit dans l'affaire *P. (D.) c. S. (C.)*, précitée, à la p. 174: «Qu'il s'agisse, donc, de garde ou de droit de visite et de sortie, le meilleur intérêt de l'enfant qu'édicte l'art. 30 *C.c.B.-C.* sera le seul guide.» (Souligné dans l'original.)

À cet égard, la doctrine comme la jurisprudence sont unanimes. Le professeur Mireille D. Castelli, *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce* (1993), à la p. 225, considère que le seul critère en matière de garde est celui de l'intérêt de l'enfant prévu à l'art. 33 *C.c.Q.* ou, s'il s'agit d'un divorce, à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le professeur Ouellette, *op. cit.*, aux pp. 225 et 226, note que si les critères d'attribution de garde à un parent sont multiples et variés, «[t]oute la démarche vise le meilleur intérêt de l'enfant, seul critère absolu». Plus particulièrement, dans le cas du déplacement d'un enfant où surgit un conflit de juridictions, une fois établie la compétence des tribunaux québécois pour statuer sur la garde de l'enfant, il est reconnu que le tribunal doit être guidé par le meilleur intérêt de l'enfant, sans se préoccuper de la loi de son domicile (Castel, *op. cit.*, à la p. 245; Groffier, *op. cit.*, à la p. 144).

Le meilleur intérêt de l'enfant étant donc le critère gouvernant l'attribution de sa garde, il s'agit de déterminer si le juge de première instance a

ally applied this criterion when he decided the appellant's motion for custody of the child.

4. Application to the Facts

84 As I stated above, it does not matter whether the judge considered the concept of custody under the Act rather than under the *Civil Code of Québec*, because in either case the concept is identical in that it is not to be confused with access rights only, particularly as regards the choice of the child's place of residence where there is no restriction in this regard in the custody order, as in the case at bar. Since it has been established that the appellant was free to move with the child, the only issue that the trial judge had to resolve under the *Civil Code of Québec* was whether it was in fact in the child's interests, following that move, to remain with her father in the circumstances disclosed by the evidence.

85 While the judge dismissed the appellant's motion for custody of the child on the basis of ss. 3 and 20 of the Act, he did in fact rule on the child's best interests. Although he felt that the only issue was whether the child was settled in her new environment, there is no doubt in my mind, based on the judgment and the judge's exhaustive analysis of the evidence after 14 days of proof and hearing, that he not only took account of the child's best interests but also determined that it was in her best interests to return to her mother.

86 The trial judge's consideration of the child's best interests is clear, for example, from his decision to allow evidence of the parties' relationship with the child before the time of the child's settlement in Quebec. Despite the appellant's objection in this regard, that evidence was relevant, in his view, to detect any risk of physical or psychological danger that might affect his decision about the child. Moreover, it was only after ensuring that the respondent would present no risk of physical or

effectivement appliqué ce critère lorsqu'il a décidé de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant.

4. Application aux faits

Comme je l'ai déjà mentionné, que le juge ait tenu compte de la notion de garde selon la Loi plutôt que selon le *Code civil du Québec* est immatériel, puisque ces notions sont identiques en ce qu'elles ne se confondent pas avec le simple droit de visite, particulièrement en ce qui concerne le choix du lieu de résidence de l'enfant lorsqu'aucune restriction n'est attachée à l'ordonnance de garde à cet égard, comme c'est le cas en l'espèce. Étant acquis qu'il était loisible pour l'appellant de déménager avec l'enfant, la seule question que le juge de première instance avait donc à se poser, selon le *Code civil du Québec*, consistait à décider s'il était effectivement dans l'intérêt de l'enfant, suite à ce déménagement qu'elle demeure avec son père dans les circonstances révélées par la preuve.

Même si le juge a rejeté la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant en application des art. 3 et 20 de la Loi, il s'est effectivement prononcé sur le meilleur intérêt de l'enfant. Bien que la seule question portait, selon lui, sur l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, à la lecture du jugement et de l'analyse exhaustive de la preuve à laquelle le juge s'est livré après 14 jours d'enquête et d'audition, il ne fait aucun doute, à mon avis, qu'il a non seulement tenu compte du meilleur intérêt de l'enfant, mais aussi déterminé qu'il était dans cet intérêt qu'elle retourne avec sa mère.

La prise en considération du meilleur intérêt de l'enfant ressort nettement, par exemple, de la décision du juge du procès de permettre la preuve des relations des parties avec l'enfant au-delà de la période d'intégration de l'enfant au Québec. Malgré l'objection de l'appellant à cet égard, cette preuve était pertinente, selon lui, afin de déceler quelque risque de danger physique ou psychologique de nature à influencer sur sa décision relativement à l'enfant. Par ailleurs, ce n'est qu'après s'être assuré que l'intimée ne présenterait aucun danger de préjudice physique ou psychologique

psychological harm to the child that the child was ordered to be returned to her.

The judge was unequivocal in expressing his conviction that the extreme fragility of the child's psychological condition was in large part due to the appellant's behaviour. He noted, for example, that "the child has no intimacy at all, being for example in obligation to write down her impressions after each visit with her mother in a document that is read by the father" (p. 120). Moreover, his conclusions about the child's psychological condition are also highly revealing: he described her as having a "false-self" and as being in a "straight [*sic*] jacket about to crack open", and he even went so far as to state that she was "on a sure road to mental illness, perhaps sooner than we think and that the damage is done" (p. 120). Thus, after 14 days of proof and hearing during which he had the incalculable advantage of seeing and hearing all the parties interested in the proceedings, including the child, as well as three expert witnesses, the judge concluded (at p. 120):

... this case is so bad that in all conscience I believe, even if this child is physically as free as a bird, that she lives in a subtle psychological jail weaved by a sincere and very intelligent father.

I have to conclude that this child has been alienated and is in psychological danger. . . .

At this point, it should be noted that great deference must be shown to the trial judge's findings of fact. It is well-settled case law that a court of appeal must not intervene in the trial judge's findings of fact unless the judge made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, misunderstood the evidence or drew erroneous conclusions from it (*P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.)). Like the Court of Appeal, I find no such error by the trial judge in the case at bar. Accordingly, in light of these findings of fact, which were undisputed in this Court, it seems to me that the trial judge correctly concluded that it

pour l'enfant que son retour avec l'intimée fut ordonné.

C'est sans équivoque que le juge exprime sa conviction que la précarité extrême de l'état psychologique de l'enfant est due, en grande partie, au comportement de l'appelant. Il constate, par exemple, que [TRADUCTION] «l'enfant n'a plus aucune intimité, étant entre autres obligée d'écrire ses impressions après chaque visite auprès de sa mère dans un document qui est lu par son père» (p. 120). Par ailleurs, les conclusions du juge sur l'état psychologique de l'enfant sont aussi fort révélatrices, la décrivant comme ayant une [TRADUCTION] «fausse image de soi», comme une prisonnière d'une [TRADUCTION] «camisole de force sur le point de céder», allant même jusqu'à déclarer qu'elle est [TRADUCTION] «sur la voie d'une maladie mentale, peut-être plus tôt qu'on ne le croit, et que le dommage est déjà fait» (p. 120). Ainsi, après 14 jours d'enquête et d'audition durant lesquels il a eu l'incalculable avantage de voir et d'entendre toutes les parties intéressées au litige, y compris l'enfant, ainsi que trois témoins experts, le juge conclut (à la p. 120):

[TRADUCTION] . . . cette affaire est si terrible que je crois en toute conscience que, même si elle est libre comme l'air, cette enfant vit dans une prison psychologique subtile créée par un père sincère et très intelligent.

Je dois conclure que cette enfant a été marginalisée et est dans un état psychologique précaire . . .

À ce stade, il convient de rappeler qu'il y a lieu d'accorder une grande déférence aux conclusions de fait du juge de première instance. Selon une jurisprudence bien établie, l'intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait du juge de première instance n'est justifiée que si le juge a commis une erreur manifeste, a ignoré une preuve déterminante ou un élément de preuve pertinent, a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées (*P. (D.) c. S. (C.)*, précité, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé)). À l'instar de la Cour d'appel, je ne relève aucune erreur de cette nature de la part du juge de première instance en l'espèce. Par conséquent, à la lumière de ces conclusions de fait qui sont par ailleurs non contestées devant nous, il m'apparaît que le juge de première

was in the child's interests to order that she be returned to her mother.

instance a eu raison de conclure qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'ordonner son retour avec sa mère.

89 In the final analysis, despite the fact that the arguments before the trial judge were made in the context of the Act and concerned a motion for custody of the child, they ultimately related to the child's best interests. Whatever the law he applied, the trial judge found, on the basis of complete evidence, that it was contrary to the child's interests to remain with the appellant. He therefore dismissed the appellant's motion and, as he had the authority to do in exercising his jurisdiction, ordered that the child be returned to the United States, first ensuring that her interests would be served by such an order. It must be noted that, on the date the judgment was rendered, the most recent judgment in Maryland concerning the child's custody was that rendered by the Circuit Court on May 8, 1990 (affirmed on May 14, 1991 by the Court of Special Appeals), which modified *ex parte* the original custody order in favour of the appellant and awarded custody to the respondent until arguments on the merits of custody could be heard. In this context, the order that the child be returned was in the nature of an interim order.

En définitive, malgré le fait que le débat devant le juge du procès se soit déroulé dans le cadre de la Loi, et qu'il concernait une requête pour la garde de l'enfant, ce débat a ultimement porté sur le meilleur intérêt de l'enfant. Quelle qu'ait été la loi appliquée, le juge de première instance, à partir d'une preuve complète, a conclu qu'il était contraire à l'intérêt de l'enfant de demeurer avec l'appelant. En conséquence, il a rejeté la requête de l'appelant et, comme il en avait le pouvoir dans le cadre de l'exercice de sa compétence, a ordonné le retour de l'enfant aux États-Unis en s'assurant préalablement que son intérêt serait préservé par une telle ordonnance. À la date à laquelle ce jugement fut rendu, il faut noter que le jugement le plus récent rendu au Maryland relativement à la garde de l'enfant était celui du 8 mai 1990 de la Cour de circuit (confirmé le 14 mai 1991 par la Cour des appels spéciaux) par lequel l'ordonnance originale de garde de l'enfant en faveur de l'appelant avait été modifiée *ex parte* de façon à accorder la garde à l'intimée jusqu'à ce qu'un débat sur le fond de cette question ait lieu. L'ordonnance de retour de l'enfant dans ce contexte est de la nature d'une ordonnance provisoire.

90 Since the judge ruled on the child's best interests in dismissing the appellant's motion, there is nothing to be gained from remitting the matter to the trial court for a determination on the merits of the child's custody, especially in view of the fact that the respondent did not request this in her conclusions in the Superior Court, the Court of Appeal or this Court and in view of the proceedings instituted in Maryland, where the child and her mother have returned.

Le juge s'étant déjà prononcé sur le meilleur intérêt de l'enfant en rejetant la requête de l'appelant, il n'y a aucun avantage à retourner le dossier en première instance pour une détermination sur le fond de la garde de l'enfant, d'autant plus, d'ailleurs, que l'intimée ne l'a pas requis dans ses conclusions devant la Cour supérieure, la Cour d'appel ou notre Cour et vu les procédures engagées au Maryland là où l'enfant et sa mère sont retournées.

V. Summary

V. Résumé

91 Even though the parties admitted that the Act was applicable to the proceedings, the courts were not bound by that admission. In the case at bar, in light of the broad concept of custody recognized by the Convention and enshrined in the Act, the Act is not applicable. When the child was

Même si les parties ont admis que la Loi s'appliquait au litige, les tribunaux n'étaient pas liés par cette admission. En l'instance, compte tenu de la notion large de garde reconnue par la Convention et entérinée par la Loi, celle-ci ne trouve pas application. En effet, au moment du déplacement de

removed, the respondent had no rights of custody within the meaning of the Act and there were no proceedings for modifying the appellant's rights of custody, which had been awarded to him on a permanent basis.

Since the child was domiciled or resided with the appellant in Quebec, art. 70 *C.C.P.* and Quebec conflict of jurisdictions rules gave the Superior Court jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child. In this regard, the child's best interests were the only criterion that should have guided the court under art. 30 *C.C.L.C.* (now art. 33 *C.C.Q.*).

The fact that the trial judge dealt with the appellant's motion under the Act rather than the *Civil Code of Québec* is of no consequence. Both have adopted a broad concept of custody — one that does not include access rights, *inter alia* in respect of the choice of the child's place of residence — and the best interests of the child are the common standard. In the case at bar, the judge in fact determined that the child was at risk with her father by applying the test of the child's best interests. In addition, as he was authorized to do by art. 46 *C.C.P.* in exercising his jurisdiction over custody, the judge ordered that the child be returned to the United States after finding that her interests would be served by such an order.

In view of the deference that must be shown to the findings of fact by the trial judge, who heard all the interested parties and lengthy expert evidence, in view of the concept of custody under the *Civil Code of Québec*, which is similar to that under the Act, and in view of the criterion of the child's best interests, which in fact guided the judge in dismissing the appellant's motion and ordering that the child be returned to the United States, the trial judge's decision must be affirmed.

VI. Disposition

Although for different reasons than those given by the Court of Appeal, I am of the view that the

l'enfant, l'intimée ne détenait pas un droit de garde au sens de la Loi et il n'existait aucune instance visant à modifier le droit de garde de l'appelant, droit qui lui avait été attribué de façon permanente.

Étant donné que l'enfant était domiciliée ou résidait au Québec avec l'appelant, l'art. 70 *C.p.c.* ainsi que les règles québécoises de conflit de juridictions attribuaient compétence à la Cour supérieure pour connaître de la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant. À cet égard, le meilleur intérêt de l'enfant était le seul critère devant guider le tribunal en vertu de l'art. 30 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 33 *C.c.Q.*).

Que le juge de première instance ait disposé de la requête de l'appelant dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec* est sans conséquence. Tous deux retiennent une notion large de garde — notion dont ne fait pas partie le droit de visite, notamment en ce qui concerne le choix du lieu de résidence de l'enfant — et le meilleur intérêt de l'enfant est la norme commune. En l'espèce, le juge a effectivement déterminé que l'enfant était en danger avec son père appliquant le test du meilleur intérêt de l'enfant. De surcroît, comme il en avait le pouvoir en vertu de l'art. 46 *C.p.c.* dans le cadre de sa compétence en matière de garde, le juge a ordonné le retour de l'enfant aux États-Unis après avoir conclu que son intérêt serait préservé par une telle ordonnance.

Compte tenu de 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, de la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*, similaire à celle qui prévaut en vertu de la Loi, ainsi que du critère du meilleur intérêt de l'enfant qui l'a effectivement guidé pour rejeter la requête de l'appelant et ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis, la décision du juge de première instance doit être confirmée.

VI. Dispositif

Bien que pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel, je suis d'avis que le dispositif du

92

93

94

95

disposition in the Superior Court's judgment was correct. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

96 SOPINKA J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to the reservation expressed by McLachlin J.

The following are the reasons delivered by

97 CORY J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to the reservation expressed by McLachlin J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Ghislain Richer, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent: Laroche Alric, Sherbrooke.

Solicitors for the mis en cause Blais: Lecompte, Allaire & Chiasson, Sherbrooke.

jugement de la Cour supérieure est bien fondé. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, avec la même réserve que celle exprimée par le juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, avec la même réserve que celle exprimée par le juge McLachlin.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant: Ghislain Richer, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimée: Laroche Alric, Sherbrooke.

Procureurs du mis en cause Blais: Lecompte, Allaire & Chiasson, Sherbrooke.