

**Amanda Louise Thomson** *Appellant*

v.

**Paul Thomson** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario and the  
Attorney General of Manitoba** *Interveners*

INDEXED AS: THOMSON v. THOMSON

File No.: 23794.

Hearing and judgment: January 26, 1994.

Reasons delivered: October 20, 1994.

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  
MANITOBA

*Family law — International child abduction — Con-  
vention on Civil Aspects of International Child Abduc-  
tion — Interpretation and application of Convention —  
Interaction between Convention and provincial legisla-  
tion implementing it — Convention on the Civil Aspects  
of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35  
— Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987,  
c. C360, s. 6.*

*Family law — Custody — Wrongful removal or reten-  
tion of child — Scottish court granting mother interim  
custody of child with access to father — Insertion of  
non-removal clause in interim custody order — Mother  
removing child from Scotland to Manitoba — Scottish  
court later granting father permanent custody of child  
— Father applying in Manitoba for return of child to  
Scotland under provincial legislation and international  
convention on child abduction — Whether removal of  
child from Scotland constituting “wrongful removal or  
retention” of child — Whether child’s return would  
expose him to grave risk of psychological harm —  
Whether transitory measures for child’s return within  
jurisdiction of Manitoba courts — Convention on the  
Civil Aspects of International Child Abduction, Can.*

**Amanda Louise Thomson** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Paul Thomson** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l’Ontario et le  
procureur général du Manitoba** *Intervenants*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: THOMSON c. THOMSON

N<sup>o</sup> du greffe: 23794.

Audition et jugement: 26 janvier 1994.

<sup>d</sup> Motifs déposés: 20 octobre 1994.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit de la famille — Enlèvement international d'en-  
fants — Convention sur les aspects civils de l'enlève-  
ment international d'enfants — Interprétation et appli-  
cation de la Convention — Interaction entre la  
Convention et sa loi d'application provinciale — Con-  
vention sur les aspects civils de l'enlèvement internatio-  
nal d'enfants, R.T. Can. 1983 n<sup>o</sup> 35 — Loi sur l'exé-  
cution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360,  
art. 6.*

*Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-  
retour illicites d'un enfant — Garde provisoire de l'en-  
fant accordée à la mère et droit de visite accordé au  
père par un tribunal écossais — Insertion dans l'ordon-  
nance de garde provisoire d'une disposition interdisant  
le déplacement de l'enfant — Enfant emmené de  
l'Écosse au Manitoba par la mère — Garde permanente  
de l'enfant subséquent accordée au père par le tri-  
bunal écossais — Demande présentée par le père au  
Manitoba pour le retour de l'enfant en Écosse en vertu  
de la loi provinciale et de la convention internationale  
sur l'enlèvement d'enfants — Le déplacement de l'en-  
fant hors de l'Écosse constitue-t-il un «déplacement ou  
un non-retour illicites» de l'enfant? — Le retour de l'en-  
fant l'exposerait-il à un risque grave de préjudice psy-*

*T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5, 12, 13 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.*

The parties, who were married in Scotland in February 1991, agreed to separate in September 1992. Each sought custody of their seven-month-old child. The Scottish court granted interim custody to the mother and interim access to the father and ordered that the child remain in Scotland pending a final court order. A few days later, the mother left Scotland with the child to visit her parents in Manitoba. Once there, she decided to stay permanently in Canada and applied for custody of her child in Manitoba. On the same day in Scotland, the father was granted an *ex parte* custody order. He later made an application under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction ("Convention") and the Manitoba Child Custody Enforcement Act ("CCEA") for the return of the child to Scotland. The motion judge in the Manitoba Court of Queen's Bench found that the child was wrongfully removed from Scotland within the meaning of Article 3 of the Convention and ordered his return forthwith. She noted that, on an interim basis, it was clearly in the best interests of the child that he remain in the mother's care and, under s. 6(c) CCEA, ordered that interim custody of the child be granted to the mother for a period of four months to allow her time to proceed with a custody application in Scotland. The majority of the Manitoba Court of Appeal dismissed the mother's appeal and ordered the return of the child forthwith, indicating that the motion judge's order giving the mother four-month interim custody was not justified. The dissenting judge would have ordered pursuant to s. 6 CCEA that the mother be awarded interim custody, that the father's application be stayed until he agreed to allow the mother interim custody in Scotland while she proceeded with a custody application there, and that she be directed to commence a custody application in Scotland within two months. The main issue in this appeal is whether the child should be returned to Scotland under the terms of the Convention or under other provisions of the CCEA implementing the Convention in Manitoba.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The underlying purpose of the

*chique? — Les mesures transitoires régissant le retour de l'enfant relèvent-elles de la compétence des tribunaux manitobains? — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5, 12, 13 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.*

Les parties, qui se sont mariées en Écosse en février 1991, ont convenu de se séparer en septembre 1992. Toutes deux ont demandé la garde de leur enfant de sept mois. Le tribunal écossais a accordé la garde provisoire à la mère et un droit de visite provisoire au père, et a ordonné que l'enfant demeure en Écosse jusqu'à ce que la cour rende une ordonnance définitive. Quelques jours plus tard, la mère a quitté l'Écosse avec l'enfant pour visiter ses parents au Manitoba. Une fois au Canada, elle a décidé d'y rester définitivement et a demandé la garde de son enfant au Manitoba. Le même jour en Écosse, le père a obtenu une ordonnance de garde rendue *ex parte*. Il a par la suite introduit une demande visant le retour de l'enfant en Écosse en vertu de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye (la «Convention») et de la Loi sur l'exécution des ordonnances de garde du Manitoba (la «Loi»). Le juge des requêtes de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que l'enfant avait été déplacé illicitement de l'Écosse au sens de l'art. 3 de la Convention et a ordonné son retour immédiat. Elle a signalé qu'à titre provisoire, il était manifestement au mieux des intérêts de l'enfant de ne pas être soudainement soustrait aux soins de sa mère et, en vertu de l'al. 6c) de la Loi, elle a ordonné que la garde provisoire de l'enfant soit accordée à la mère pour une période de quatre mois pour lui permettre de poursuivre sa demande de garde en Écosse. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a rejeté l'appel de la mère et ordonné le retour immédiat de l'enfant, signalant que l'ordonnance du juge des requêtes accordant à la mère la garde provisoire pendant quatre mois n'était pas justifiée. Le juge dissident aurait, conformément à l'art. 6 de la Loi, ordonné que la garde provisoire soit accordée à la mère, suspendu la demande du père jusqu'à ce qu'il accepte d'accorder à la mère la garde provisoire en Écosse pendant qu'elle y poursuivait sa demande de garde, et ordonné à la mère d'y introduire une demande de garde dans les deux mois. Il s'agit principalement en l'espèce de savoir si l'enfant doit être rapatrié en Écosse conformément à la Convention ou aux dispositions de la Loi, qui met en application la Convention au Manitoba.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'objectif fonda-

Convention is to protect children 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. Its primary object is the protection of custody rights, i.e. "rights relating to the care . . . of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence" (Article 5). Under the Convention the removal of a child is wrongful if it is in breach of "custody [rights] attributed to a person, an institution or any other body . . . under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention" (Article 3(a)). Such custody rights may arise by operation of law, as well as by judicial or administrative decision, or agreement (Article 3). Here the Scottish court in determining the issue of custody had granted the mother interim custody. When a court is vested with jurisdiction to determine who shall have custody of a child, it has rights relating to the care and control of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence. Accordingly, the court had rights of custody as defined by Article 5 of the Convention. It preserved its jurisdiction to make a final determination of custody at a later date by inserting a non-removal clause into the interim custody order. The Scottish court was thus "an institution or any other body" having custody rights and the mother's removal of the child, being in breach of those rights, was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention. The possibility that the mother did not know she was violating the Scottish court's order is irrelevant. This Court therefore must order the return of the child "forthwith". However, from the emphasis placed by the Convention and the preparatory work on the enforcement of custody, as distinguished from mere access, a prohibition against removal in a permanent custody order would raise different issues.

While, as indicated in the preamble of the Convention, "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody", this should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned to the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing. This part of the preamble speaks of the "interests of children" generally, not the interest of the particular child before the court. This view is supported by Article 16 of the Convention, which states that the courts of the requested state shall not decide on the merits of custody until they have

mental de la Convention est de protéger l'enfant 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. Elle vise principalement la protection du droit de garde, c.-à-d. «le droit portant sur les soins [. . .] de l'enfant, et en particulier celui, de décider de son lieu de résidence» (art. 5). Aux termes de la Convention, le déplacement d'un enfant est illicite s'il est en violation «d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme [. . .] par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour» (art. 3a)). Un tel droit de garde peut résulter d'une attribution de plein droit, de même que d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord (art. 3). En l'espèce, le tribunal écossais avait, pour trancher la question de la garde, accordé la garde provisoire à la mère. Lorsqu'un tribunal est investi de la compétence de déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant, il a des droits quant aux soins et à la surveillance de l'enfant et, en particulier, celui de décider de son lieu de résidence. Le tribunal exerçait donc un droit de garde au sens de l'art. 5 de la Convention. Il a maintenu sa compétence de rendre à une date ultérieure une décision finale relativement à la garde en prévoyant une disposition interdisant le déplacement dans l'ordonnance de garde provisoire. Le tribunal écossais était ainsi devenu «une institution ou tout autre organisme» ayant un droit de garde, et le déplacement de l'enfant par la mère, ayant violé ce droit de garde, était illicite au sens de l'art. 3 de la Convention. La possibilité que la mère n'ait pas compris qu'elle violait l'ordonnance du tribunal écossais n'est pas pertinente. Notre Cour doit par conséquent ordonner le retour «immédiat» de l'enfant. Toutefois, du fait de l'importance qu'accordent la Convention et les travaux préparatoires au respect du droit de garde, que l'on distingue du simple droit de visite, une interdiction de déplacement dans une ordonnance de garde permanente soulèverait des questions différentes.

Si, selon les termes du préambule de la Convention, «l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde», cette phrase ne doit toutefois pas être interprétée comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde. Dans cette partie du préambule, il est question de «l'intérêt de l'enfant» en général, et non de l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal. Ce point de vue est étayé par l'art. 16 de la Convention, qui prescrit que les tribunaux de l'État requis ne pourront

determined that a child is not to be sent back under the Convention. It is also entirely consistent with the objects of the Convention as set out in Article 1.

The custody order granted by the Scottish court in favour of the father — a “chasing order” — would not, standing alone, have been sufficient to ground an application under the Convention, as it could not, in itself, make the retention of the child by the mother wrongful. Under the Convention, a wrongful retention generally 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. A “chasing order”, issued after the child has been taken out of the jurisdiction, cannot by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention. There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order. The initiative for obtaining a “chasing order” under the Convention is with the requested state and this order serves only to clarify for the requested state the opinion of the requesting state that indeed the continuing retention was wrongful. The procedures followed by the father in this case appear more consonant with the language and requirements of the European Convention dealing with the recognition and enforcement of custody decisions.

This case does not fall within one of the exceptions set forth in the Convention to the return of a wrongfully removed child. In particular, there is no “grave risk that his return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation” (Article 13(b)). While there is no doubt that the child would suffer some psychological harm in being torn from his mother’s custody and thrust into that of his father, the harm is not severe enough to invoke Article 13(b). The physical or psychological harm contemplated by this Article is harm to a degree that also amounts to an intolerable situation. The risk of harm may come from a cause related to the return of the child to the other parent or from the removal of the child from his present caregiver but it would only be in the rarest of cases that the fact the child is now settled in the abductor’s environment would constitute the level of harm contemplated by the Convention.

Because of the “chasing order” obtained by the father, however, a return to the *status quo* as it existed before the wrongful removal — a prime objective of the Convention — is impossible to achieve without taking additional action. While the Convention does not pro-

statuer sur le fond du droit de garde que lorsqu’il sera établi que les conditions de la Convention pour le retour de l’enfant ne sont pas réunies. Cela est également tout à fait compatible avec les objectifs de la Convention énoncés dans son article premier.

L’ordonnance de garde rendue par le tribunal écossais en faveur du père — une «ordonnance de retour» («*chasing order*») — n’aurait pas suffi comme telle à fonder une demande en vertu de la Convention, puisqu’elle ne pouvait en soi rendre illicite le non-retour de l’enfant par la mère. Sous le régime de la Convention, le non-retour sera généralement illicite dès l’expiration de la période de visite, lorsque le déplacement original a été autorisé par le gardien légal de l’enfant. L’«ordonnance de retour», rendue après que l’enfant a été enlevé du ressort, ne peut en elle-même rendre illicite ce qui était par ailleurs conforme à la Convention. Rien dans la Convention n’exige la reconnaissance d’une ordonnance de garde rendue *ex post facto*. Sous le régime de la Convention, c’est à l’État requis de demander une «ordonnance de retour», laquelle permet uniquement de préciser pour le bénéficiaire de l’État requis l’opinion de l’État requérant qu’effectivement le non-retour était illicite. Les procédures suivies par le père en l’espèce semblent plus conformes au libellé et aux exigences de la Convention européenne qui traite de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière de garde.

La présente affaire ne relève pas de l’une des exceptions au retour d’un enfant déplacé illicitement, énoncées dans la Convention. En particulier, il n’existe aucun «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» (al. 13b)). Bien qu’il ne fasse aucun doute que l’enfant subirait quelque préjudice psychique s’il était soustrait à la garde de sa mère pour être confié à celle de son père, le préjudice n’est pas suffisamment grave pour que l’on puisse invoquer l’al. 13b). Le préjudice physique ou psychique prévu dans cet article est tel qu’il devient également une situation intolérable. Le risque de préjudice peut découler d’une cause liée au retour de l’enfant à l’autre parent ou du retrait de l’enfant du parent qui en prend soin, mais ce n’est que dans de très rares cas que le fait que l’enfant soit maintenant intégré dans le milieu du ravisseur causera un préjudice au niveau envisagé par la Convention.

En raison de l’«ordonnance de retour» obtenue par le père, il est toutefois impossible de revenir au *statu quo* qui existait avant le déplacement illicite — l’un des principaux objectifs de la Convention — à moins de prendre des mesures additionnelles. Bien que la Con-

vide specifically for remedial flexibility, a court must be assumed to have sufficient control over its process to take the necessary action to meet the purpose and spirit of the Convention. Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that “the authority concerned shall order the return of the child forthwith” can be complied with in accordance with that purpose and spirit. Here, this Court has accepted the father’s undertakings not to take physical custody of the child upon his return to Scotland until a court permits such custody, and to commence proceedings rapidly before a Scottish court to determine, on a final basis, the issue of the child’s care and control. These undertakings appeared, in the circumstances, best calculated to achieve the purpose and spirit of the Convention.

The Convention and the *CCEA* establish two regimes. When an application is made solely under the Convention or solely under the *CCEA*, the particular procedure of the regime chosen should operate independently of the other, though where the *CCEA* is 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 its judgment that international child custody disputes are best resolved by returning the child to its habitual place of residence. As well, when, as in this case, applications are made under both the *CCEA* and the Convention, the independent procedures of each regime should not be mixed. The *CCEA* does not expressly provide that in the event of conflict the Convention prevails, but this is unnecessary since there is nothing in the *CCEA* indicating that the independent procedure provided by the *CCEA* should be referred to when an application is made under the Convention. So, unless the applicant chooses to abandon it, the application under the Convention applies. The motion judge and the dissenting judge in the Court of Appeal therefore could not make an interim custody order under s. 6 *CCEA*. The possibility that the end sought by the dissenting judge could be achieved under the Convention, however, should not be ruled out. Undertakings may not always be forthcoming or this course may not be acceptable. In such circumstances, the time frame for return proposed by the dissenting judge might well be justified under the Convention.

*Per* L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: La Forest J.’s interpretation and application of the Convention to

vention ne permette aucune souplesse à l’égard des réparations, le tribunal doit être réputé détenir un pouvoir suffisant à l’égard de sa procédure pour prendre les mesures nécessaires en vue de respecter la lettre et l’esprit de la Convention. Les engagements permettent de remplir l’exigence prévue à l’art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l’autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant]», en conformité avec cette lettre et cet esprit. En l’espèce, notre Cour a accepté les engagements du père de ne pas exercer son droit de garde physique sur l’enfant à son retour en Écosse, jusqu’à ce qu’un tribunal le lui permette et d’entamer des procédures rapidement devant un tribunal écossais afin que la question des soins et de la surveillance de l’enfant soit tranchée définitivement. Dans les circonstances, ces engagements paraissent plus aptes à respecter la lettre et l’esprit de la Convention.

La Convention et la Loi créent deux régimes. Lorsqu’une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi, la procédure particulière choisie devrait s’appliquer indépendamment de l’autre, bien que, lorsque l’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. De même, lorsque, comme en l’espèce, les demandes sont présentées en vertu à la fois des dispositions de la Loi et de celles de la Convention, les procédures indépendantes de chaque régime ne devraient pas être fusionnées. La Loi ne prévoit pas expressément qu’en cas de conflit c’est la Convention qui prévaut, mais cela n’est pas nécessaire puisque rien dans la Loi n’indique que, dans le cas d’une demande fondée sur la Convention, la procédure indépendante prévue par la Loi devrait être invoquée. Donc, à moins que le requérant ne choisisse de l’abandonner, la demande en vertu de la Convention s’applique. Par conséquent, le juge des requêtes et le juge dissident en Cour d’appel ne pouvaient rendre une ordonnance de garde provisoire en vertu de l’art. 6 de la Loi. Il ne faudrait toutefois pas écarter la possibilité que la fin recherchée par le juge dissident puisse être atteinte en vertu de la Convention. Il peut arriver qu’il n’y ait pas d’engagements ou que ce moyen soit inacceptable. Dans de telles circonstances, l’échéancier proposé pour le retour par le juge dissident pourrait bien être justifié en vertu de la Convention.

*Le* juge L’Heureux-Dubé et McLachlin: L’interprétation que le juge La Forest donne de la Convention et la

the present case is agreed with. The Manitoba courts, however, have jurisdiction under s. 6 *CCEA* to impose transitory measures for the return of the child to his habitual place of residence. The Convention has been recognized by the international community in order to protect the best interests of children. In Manitoba, the Convention has been implemented by the *CCEA*, which, in light of the best interests of children, seeks to expand on the provisions of the Convention. There is no conflict between the Convention and the *CCEA* but, rather, they complement each other. The two documents must be read in concert and, in doing so, courts should attempt to arrive at an interpretation that, to the extent possible, gives full effect to the purpose of the Convention. Since the Convention and the *CCEA* do not establish independent regimes, the jurisdiction of the Manitoba courts hearing an application under the Convention are not limited to the considerations set out in the Convention. While, in most cases, the best interests of the child will be served by a quick and expedited return of the child to the country of origin with the aim of decreasing the traumatic nature of the wrongful removal, there may be circumstances in which immediate return is no longer in the child's absolute best interest. Section 6 *CCEA* provides a mechanism for addressing this problem. Therefore, under the *CCEA*, the Manitoba courts have jurisdiction to make a transitory order on the condition that such order does not conflict with or frustrate the objective of prompt return under the Convention and that it fosters the best interests of the child. The best interests of the child must prevail at all times and must be the paramount consideration when enforcing the return of a child pursuant to the Convention. Undertakings, such as those offered in this case by the father, do not preclude the Manitoba courts from imposing transitory measures where necessary when applying the Convention. In the circumstances of this case, the transitory order the dissenting judge in the Court of Appeal would have made was appropriate at the time. To be implemented in a manner consistent with the purpose of the Convention, however, the duration of such a transitory order should be as short as possible. Since at the time of the hearing three months had already passed since the dissenting judge in the Court of Appeal first proposed the transitory order, the return of the child should not be further delayed by making a similar transitory order now. The immediate return of the child to Scotland should be ordered.

*Per Major J.:* The mother's removal of her child from Scotland to Canada constituted a breach of the custody rights of the Scottish court within the meaning of Arti-

façon dont il l'applique aux faits de l'espèce sont acceptées. Les tribunaux du Manitoba sont toutefois habilités à imposer, en vertu de l'art. 6 de la Loi, des mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. La Convention a été reconnue par la communauté internationale pour protéger l'intérêt des enfants. Au Manitoba, la Convention a été mise en œuvre par la Loi, qui, en fonction de l'intérêt des enfants, cherche à élargir les dispositions de la Convention. La Convention et la Loi ne sont pas conflictuelles, elles se complètent. Les deux textes doivent être lus conjointement et, ce faisant, les tribunaux devraient tenter d'en arriver à une interprétation qui, dans la mesure du possible, donne plein effet à l'objectif de la Convention. Puisque la Convention et la Loi ne créent pas des régimes indépendants, la compétence des tribunaux manitobains saisis d'une demande fondée sur la Convention n'est pas limitée aux facteurs qui y sont énoncés. Si, dans la plupart des cas, l'intérêt de l'enfant sera servi par un retour hâtif dans le pays d'origine qui vise à amoindrir le traumatisme causé par le déplacement illicite, il peut néanmoins arriver que le retour immédiat ne soit plus dans l'intérêt absolu de l'enfant. L'article 6 de la Loi prévoit un mécanisme permettant de résoudre cette difficulté. Par conséquent, conformément à la Loi, les tribunaux du Manitoba sont compétents pour rendre une ordonnance transitoire, à la condition que celle-ci ne contrecarre ni ne frustre l'objectif du prompt retour prévu dans la Convention et qu'elle protège l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit prévaloir en tout temps et doit être le facteur primordial lorsque le retour d'un enfant est exigé en vertu de la Convention. Des engagements, comme ceux qu'a pris le père en l'espèce, n'empêchent pas les tribunaux du Manitoba d'imposer des mesures transitoires, s'ils le jugent nécessaire, lorsqu'ils appliquent la Convention. Dans les circonstances de l'espèce, l'ordonnance transitoire que le juge dissident de la Cour d'appel aurait rendue était pertinente à l'époque. Pour qu'une telle mesure transitoire soit mise en œuvre d'une manière conforme à l'objectif de la Convention, elle doit cependant être assortie d'un terme aussi bref que possible. Puisqu'au moment de l'audience il s'était déjà écoulé trois mois depuis que le juge dissident de la Cour d'appel avait d'abord proposé l'ordonnance transitoire, le retour de l'enfant ne devrait pas être à ce moment-ci retardé plus longtemps par une ordonnance transitoire semblable. Le retour immédiat de l'enfant en Écosse devrait être ordonné.

*Le juge Major:* Le déplacement par la mère de son enfant, de l'Écosse au Canada, constituait, au sens de l'art. 3 de la Convention, une violation du droit de garde

cle 3 of the Convention. This Court must therefore order the return of the child forthwith.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Approved:** *B. v. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144; **referred to:** *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990; *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465; *Lavitch v. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), aff'd [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979; *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124; *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773; *Meredith v. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (1991); *Gsponer v. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755; *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365; *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929; *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401; *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413; *Director-General of Family and Community Services v. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381; *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *G. v. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] Fam. Law 519; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, S.Q. 1984, c. 12.  
*Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, c. 4.  
*Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360, ss. 3, 4(1), 5, 6, 17.  
*Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, c. 27.  
*Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61.  
*Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20.

accordé par le tribunal écossais. Par conséquent, la Cour est tenue d'ordonner son retour immédiat.

### Jurisprudence

a

Citée par le juge La Forest

**Arrêt approuvé:** *B. c. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144; **arrêts mentionnés:** *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990; *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465; *Lavitch c. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *C. c. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), conf. par [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979; *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124; *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773; *Meredith c. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (1991); *Gsponer c. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755; *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365; *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929; *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401; *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413; *Director-General of Family and Community Services c. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *G. c. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] Fam. Law 519; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465.

h

### Lois et règlements cités

*Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, ch. 4.  
*Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, ch. 27.  
*Children's Law Act*, S.N. 1988, ch. 61.  
*Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 20.  
*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31, 32.  
*Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants*

- Constitution Act, 1867*, s. 132.
- Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, Arts. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 21.
- Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17.
- European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, Eur. T.S. No. 105.
- Family Relations Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 8 [am. 1985, c. 72, s. 20].
- International Child Abduction Act*, S.A. 1986, c. I-6.5.
- International Child Abduction Act*, S.N.B. 1982, c. I-12.1.
- International Child Abduction Act*, S.S. 1986, c. I-10.1.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Arts. 31, 32.
- et le rétablissement de la garde des enfants*, S.T.E. n° 105.
- 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, 15, 16, 20, 21.
- Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, ch. 17.
- Family Relations Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, ch. 8 [mod. 1985, ch. 72, art. 20].
- International Child Abduction Act*, S.A. 1986, ch. I-6.5.
- International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 132.
- Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1.
- Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 3, 4(1), 5, 6, 17.
- Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.Q. 1984, ch. 12.

#### Authors Cited

- Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
- Black, Vaughan. "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- 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.
- Hague Conference on Private International Law. *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction*. La Haye: Imprimerie nationale, 1982.
- Helzick, Cathy S. "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Lowe, Nigel, and Michael Nicholls. "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] *Fam. Law* 191.
- Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX No. 6, June 28, 1982, p. 101.
- Anton, A. E. «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
- Black, Vaughan. «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279.
- Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants*. La Haye: Imprimerie nationale, 1982.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- 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.
- Helzick, Cathy S. «Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction» (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Lowe, Nigel, and Michael Nicholls. «Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention», [1994] *Fam. Law* 191.
- Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX n° 6, 28 juin 1982, p. 101.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 88 Man. R. (2d) 204, 51 W.A.C. 204, 50 R.F.L. (3d) 145, 107 D.L.R. (4th)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993); 88 Man. R. (2d) 204, 51 W.A.C. 204, 50 R.F.L. (3d) 145, 107 D.L.R. (4th) 695,



695, [1993] 8 W.W.R. 385, upholding a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division (1993), 87 Man. R. (2d) 68, 48 R.F.L. (3d) 308, [1993] 7 W.W.R. 355, ordering that the mother return the child to Scotland. Appeal dismissed.

*Martin G. Tadman*, for the appellant.

*Jack A. King* and *Holly D. Penner*, for the respondent.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Louise Lussier*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robert H. Ratcliffe* and *Elizabeth Bucci*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Joan A. MacPhail*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises for the first time in this Court the interpretation and application of the Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35, to which Canada is a party. The underlying purpose of the Convention, as set forth in its preamble, is to protect children 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.

The case arises in a context where a baby boy born in Scotland of Scottish parents was taken by his mother to Canada in December 1992 to visit her parents in Manitoba. Once there, she decided to stay permanently. At the time of the removal of the child, she had been granted interim custody of the child following the breakdown of her marriage; the father had, however, been granted interim access, and the court order contained a prohibition against the child being taken out of Scotland. The principal question is whether the child should be returned to Scotland under the terms of the Con-

[1993] 8 W.W.R. 385, qui a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille (1993), 87 Man. R. (2d) 68, 48 R.F.L. (3d) 308, [1993] 7 W.W.R. 355, qui avait ordonné que la mère retourne l'enfant en Écosse. Pourvoi rejeté.

*Martin G. Tadman*, pour l'appelante.

*Jack A. King* et *Holly D. Penner*, pour l'intimé.

*Graham Garton, c.r.*, et *Louise Lussier*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Robert H. Ratcliffe* et *Elizabeth Bucci*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joan A. MacPhail*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi pose pour la première fois à notre Cour la question de l'interprétation et de l'application de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de la Haye, R.T. Can. 1983 n° 35, à laquelle le Canada est partie. L'objectif fondamental de la Convention, énoncé dans son préambule, est de protéger l'enfant 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.

En l'espèce, un enfant né en Écosse de parents écossais a été emmené au Canada en décembre 1992 par sa mère qui venait visiter ses parents au Manitoba. Une fois au pays, elle a décidé d'y rester définitivement. Au moment où elle a emmené l'enfant, elle avait obtenu sa garde provisoire à la suite de la rupture de son mariage; le père avait toutefois obtenu un droit de visite provisoire dans une ordonnance qui interdisait que l'enfant soit emmené hors de l'Écosse. Il s'agit principalement de savoir si l'enfant doit être rapatrié conformément à la Convention ou aux dispositions de la loi

vention or under other provisions of the Act implementing the Convention in Manitoba, the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360.

### Facts

The appellant, Amanda Louise Thomson, and the respondent, Paul Thomson, were married in Scotland in February 1991. She was 17; he was 22. Their child, Matthew, was born on March 22, 1992. From then until July 1992, they all lived with the husband's parents. In July 1992, they moved to their own rented accommodations. Matthew, however, continued to live at his paternal grandparents' home for part of the week; the rest of the week, he lived with his parents.

On Sunday, September 27, 1992, the child was due to be returned from his grandparents but was not. Three days later, he had still not been returned. This precipitated a fight between his parents, and they agreed to separate. The child remained with his paternal grandparents.

Each parent sought custody of Matthew. The mother's application was heard before the Stranraer Sheriff Court in Scotland on October 9, 1992; both parties were represented. A solicitor was appointed by the court to report on the circumstances of the child. The report indicates, among other things, that the mother was the more suitable parent, and had more drive and ambition than the father; that all parties were on welfare; that when Matthew was in the custody of his father, it was his paternal grandmother who cared for him; and that it was acceptable to the father that Matthew's grandmother bring up the child.

The Sheriff granted the appellant wife interim custody of Matthew on November 27, 1992. He also granted the respondent interim access and ordered that the child remain in Scotland pending a further court order (the court had evidence that the mother had been thinking of going to Canada to live with her parents who had recently emigrated). Neither party appeared in person at the

d'application de la Convention au Manitoba, la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360.

### a Les faits

L'appelante, Amanda Louise Thomson, et l'intimé, Paul Thomson se sont mariés en Écosse en février 1991. Elle était âgée de 17 ans, lui de 22 ans. Leur enfant Matthew est né le 22 mars 1992. À compter de cette date jusqu'en juillet 1992, ils vivaient tous chez les parents de l'époux. En juillet 1992, ils ont emménagé dans leur propre appartement loué. Matthew a toutefois continué de vivre une partie de la semaine chez ses grands-parents paternels et l'autre partie, avec ses parents.

Le dimanche 27 septembre 1992, les grands-parents devaient retourner l'enfant, mais ne l'ont pas fait. Trois jours plus tard, ils ne l'avaient toujours pas retourné. Cet incident a précipité une dispute entre ses parents, qui ont convenu de se séparer. L'enfant est demeuré avec ses grands-parents paternels.

Les deux parents ont demandé la garde de Matthew. La demande de la mère a été entendue devant la Cour du shérif de Stranraer en Écosse le 9 octobre 1992; les deux parties y étaient représentées. Le procureur désigné par la cour pour rendre compte de la situation de l'enfant a indiqué notamment dans son rapport que la mère était le parent le plus qualifié, qu'elle était animée d'une plus grande volonté et d'une plus grande ambition que le père, que toutes les parties vivaient de l'aide sociale, que lorsque Matthew était sous la garde de son père, c'est sa grand-mère paternelle qui prenait soin de lui, et que le père de Matthew jugeait acceptable que son enfant soit élevé par sa grand-mère.

Le 27 novembre 1992, le shérif a accordé à l'appelante la garde provisoire de Matthew. Il a également accordé à l'intimé un droit de visite provisoire et ordonné que l'enfant demeure en Écosse jusqu'à ce que la cour rende une autre ordonnance (la cour avait en main une preuve que la mère songeait à aller vivre au Canada avec ses parents, qui y avaient récemment émigré). Aucune des parties

hearing. The appellant later deposed that when she talked to her lawyer after the hearing, the lawyer was in a hurry, and told her only "We won! You have custody of Matthew", and that Mr. Thomson had been granted visitation rights. The lawyer is alleged to have told the appellant that she would provide a report detailing the court's decision in a "few days". On December 2, 1992, without receiving this report, the appellant left Scotland with Matthew to visit her parents in Manitoba.

Some time during the next two months, the appellant formed the intention to remain with her child in Manitoba. She enrolled in a Canadian high school and, she deposed, planned to pursue higher education after graduation. Meanwhile, she and Matthew lived on the family farm near Wawanesa, Manitoba.

On February 3, 1993, the appellant applied for custody of Matthew in Manitoba. The same day, the custody hearing resumed in Scotland. At the latter hearing, the respondent husband was granted an order of custody. The appellant later deposed that she did not know of this Scottish custody hearing; she did not attend it; nor did she provide instructions to the lawyer who had represented her before. Consequently, her counsel was allowed to withdraw at the hearing. The record disclosed only that the respondent and his mother presented evidence.

On February 25, 1993, the respondent launched a request for the return of the child under the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The application was filled out in a manner that, as we shall see, appears to denote a misunderstanding of the Convention's language and requirements. In the letter accompanying the request, the Scottish central authority (i.e., the body designated in Scotland for dealing with applications under the Convention) stated that "Under the common law of Scotland, married parents of a child have joint rights of custody unless a court orders otherwise." Later in the document,

n'a comparu en personne à l'audience. L'appelante a subséquemment attesté que, lorsqu'elle a discuté avec son avocate après l'audience, cette dernière était pressée et lui a seulement dit: [TRADUCTION] «Nous avons gagné! Vous avez la garde de Matthew», et que M. Thomson avait obtenu un droit de visite. L'avocate aurait dit à l'appelante qu'elle lui remettrait un rapport expliquant la décision de la cour dans [TRADUCTION] «quelques jours». Le 2 décembre 1992, sans avoir reçu ce rapport, l'appelante a quitté l'Écosse avec Matthew pour visiter ses parents au Manitoba.

C'est pendant les deux mois suivants qu'a germé dans l'esprit de l'appelante l'intention de demeurer au Manitoba avec son enfant. Elle s'est inscrite dans une école secondaire canadienne et elle a affirmé qu'elle prévoyait poursuivre une éducation post-secondaire après avoir reçu son diplôme. Pendant ce temps, elle et Matthew vivaient à la ferme familiale près de Wawanesa (Manitoba).

Le 3 février 1993, l'appelante a demandé la garde de Matthew au Manitoba. Le même jour, l'audition sur la garde a repris en Écosse. L'époux intimé y a obtenu une ordonnance de garde. L'appelante a témoigné par la suite qu'elle n'était pas au courant de cette audience tenue en Écosse, qu'elle n'y a pas assisté et n'a donné aucune instructions à l'avocate qui l'avait auparavant représentée. Cette dernière a d'ailleurs obtenu, à l'audience, l'autorisation de se retirer. Le dossier indique seulement que l'intimé et sa mère ont témoigné.

Le 25 février 1993, l'intimé a introduit une demande visant le retour de l'enfant en vertu de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye. La demande a été remplie d'une façon qui, comme nous le verrons, semble dénoter une mauvaise compréhension du libellé de la Convention et de ses conditions. Dans la lettre qui accompagnait la demande, l'autorité centrale écossaise (c'est-à-dire l'organisme désigné en Écosse pour étudier les demandes sous le régime de la Convention) indiquait qu'[TRADUCTION] «[e]n vertu de la common law de l'Écosse, les parents mariés d'un enfant ont un droit de

under the space for "Requesting Individual or Institution (who actually exercised custody before the removal or retention)" was written the name of the appellant, Amanda Louise Thomson. Still later, under "Factual or Legal Grounds Justifying the Request", was written "Paul Thomson has legal custody of child as confirmed by order of Stranraer Sheriff Court on February 3, 1993." As will become apparent, the procedure followed seems to be more consonant with the language and requirements of the European Convention dealing with the matter in the European Economic Community. That approach is not uncommon, at least for British requests under the Hague Convention. It can, however, result and has here resulted in difficulties in relation to the return of the child from Canada.

In March 1993, the respondent replied to his wife's application for custody in Manitoba with an application under the *Child Custody Enforcement Act* and under the Convention for the return of the child to Scotland. Shortly afterwards, in April 1993, Mrs. Thomson unsuccessfully appealed the custody order in Scotland (it seems that she instructed her counsel over the telephone and did not personally appear). The reasons for the dismissal of the appeal were not part of the record.

#### Relevant Convention and Statutory Provisions

For ease of reference, I set forth here the relevant provisions of the Convention and the Act:

*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35

#### [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,

garde conjoint à moins que la cour n'ordonne autrement». Plus loin dans le document, sous le titre «Partie requérante: personne ou institution (qui exerçait la garde effectivement avant l'enlèvement)» est inscrit le nom de l'appelante, Amanda Louise Thomson. Encore plus loin, sous la rubrique «Motifs de fait ou légaux justifiant la requête», on a écrit [TRADUCTION] «Aux termes de l'ordonnance rendue le 3 février 1993 par la Cour du shérif de Stranraer, Paul Thomson a la garde légale de l'enfant». Comme nous pourrions le constater, la procédure suivie semble être plus conforme au libellé et aux exigences de la Convention européenne qui traite de cette question au sein de la Communauté économique européenne. Cette démarche n'est pas rare, du moins quant aux demandes britanniques présentées en vertu de la Convention de La Haye. Toutefois elle peut, comme ce fut le cas en l'espèce, entraîner des difficultés relativement au retour de l'enfant à partir du Canada.

En mars 1993, l'intimé a répliqué à la demande présentée par son épouse au Manitoba pour obtenir la garde par une demande fondée sur la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* et sur la Convention afin que l'enfant soit retourné en Écosse. Peu après, soit en avril 1993, M<sup>me</sup> Thomson a interjeté sans succès appel de l'ordonnance de garde rendue en Écosse (il semble qu'elle ait donné ses instructions à son avocate au téléphone et n'ait pas comparu en personne). Les motifs du rejet de l'appel ne font pas partie du dossier.

#### Dispositions pertinentes de la Convention et de la Loi

Par souci de commodité, je reproduis ici les dispositions pertinentes de la Convention et de la Loi:

*Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35

#### [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,

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.

#### 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.

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

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

#### ARTICLE 1

La présente Convention a pour objet:

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

#### ARTICLE 3

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

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

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

#### ARTICLE 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

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 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 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'autorité 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.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.

## ARTICLE 15

The judicial or administrative authorities of a Contracting State may, prior to the making of an order for the return of the child, request that the applicant obtain from the authorities of the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention, where such a decision or determination may be obtained in that State. The Central Authorities of the Contracting States shall so far as practicable assist applicants to obtain such a decision or determination.

## ARTICLE 16

After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child in the sense of Article 3, the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention . . . .

## ARTICLE 20

The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

## 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.

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

## ARTICLE 15

Les autorités judiciaires ou administratives d'un État contractant peuvent, avant d'ordonner le retour de l'enfant, demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet État. Les Autorités centrales des États contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation.

## ARTICLE 16

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies . . . .

## ARTICLE 20

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

## 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.

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.

*The Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360*

3 A court on application shall enforce, and may make such orders as it considers necessary to give effect to, a custody order made by an extra-provincial tribunal as if the custody order had been made by the court unless it is satisfied on evidence adduced that the child affected by the custody order did not, at the time the custody order was made, have a real and substantial connection with the province, state or country in which the custody order was made.

4(1) Notwithstanding the existence of a custody order affecting a child made by an extra-provincial tribunal, a court on application may make a custody order in respect of the child that differs from the custody order made by the extra-provincial tribunal, if it is satisfied

(a) that the child affected does not, at the time the application is made, have a real and substantial connection with the province, state or country in which the custody order made by the extra-provincial tribunal was made or was last enforced; and

(b) that the child has a real and substantial connection with Manitoba or all the parties affected by the custody order are habitually resident in Manitoba.

5 Notwithstanding any other provision of this Act, where a court is satisfied that a child would suffer serious harm if the child remained in or was restored to the custody of the person named in a custody order made by an extra-provincial tribunal, the court may make a custody order in respect of the child that differs from the custody order made by the extra-provincial tribunal.

6 Upon application, a court,

(a) that is satisfied that a child has been wrongfully removed to or is being wrongfully retained in Manitoba; or

(b) that may not exercise jurisdiction under section 4,

may do any one or more of the following:

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.

*Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360*

3 Le tribunal saisi d'une demande à cet effet, est tenu de faire exécuter l'ordonnance de garde rendue par un tribunal extra-provincial; il peut prendre toute mesure qu'il juge nécessaire pour donner à cette ordonnance la force exécutoire de ses propres ordonnances, à moins d'être convaincu, sur la foi des preuves produites, qu'à la date de cette ordonnance, l'enfant qui en fait l'objet n'avait pas de liens étroits et véritables avec la province, l'État ou le pays dans lequel l'ordonnance de garde a été rendue.

4(1) Malgré l'existence d'une ordonnance de garde à l'égard d'un enfant rendue par un tribunal extra-provincial, un tribunal peut, sur demande, rendre une ordonnance de garde à l'égard de cet enfant qui diffère de celle rendue par le tribunal extra-provincial s'il conclut:

a) d'une part, que l'enfant qui fait l'objet de l'ordonnance de garde extra-provinciale n'a pas, à la date de la demande d'une nouvelle ordonnance, de liens étroits et véritables avec la province, l'État ou le pays dans lequel l'ordonnance extra-provinciale a été rendue ou exécutée en dernier lieu;

b) d'autre part, que l'enfant a des liens étroits et véritables avec le Manitoba ou que toutes les parties intéressées dans l'ordonnance de garde résident au Manitoba.

5 Malgré toute autre disposition de la présente loi, le tribunal qui conclut que l'enfant subirait un préjudice grave s'il demeurait sous la garde de la personne nommée dans une ordonnance de garde extra-provinciale ou s'il était confié de nouveau à la garde de cette personne, peut rendre une ordonnance de garde à l'égard de l'enfant différente de celle rendue par le tribunal extra-provincial.

6 Si le tribunal saisi de la demande:

a) ou bien conclut que l'enfant a été amené ou est retenu irrégulièrement au Manitoba;

b) ou bien ne peut statuer en application de l'article 4;

il peut:



(c) Make such interim custody order as the court considers is in the best interests of the child.

(d) Stay the application subject to,

(i) the condition that a party to the application promptly commence or proceed expeditiously with a similar proceeding before an extra-provincial tribunal, or

(ii) such other conditions as the court considers appropriate.

(e) Order a party to return the child to such place as the court considers appropriate and, in the discretion of the court, order payment of the cost of the reasonable travel and other expenses of the child and any parties to or witnesses at the hearing of the application.

**17(1)** In this section "convention" means the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction set out in the Schedule hereto.

**17(2)** On, from and after December 1, 1983, the convention is in force in Manitoba and the provisions thereof are law in Manitoba.

**17(3)** The Department of the Attorney-General shall be the Central Authority for the province for the purpose of the convention.

### The Courts Below

*Manitoba Court of Queen's Bench, Family Division* (1993), 87 Man. R. (2d) 68

The husband's application for the return of the child was heard by Davidson J. of the Manitoba Court of Queen's Bench both under the terms of the Convention and under provisions in its implementing Act, the *Child Custody Enforcement Act* of Manitoba.

At the outset, Davidson J. stated that she was prepared to recognize the orders of the Scottish courts and dealt with the objections raised to them in the following manner. Whether or not the appellant knew of the non-removal clause in the interim order of November 27, 1992, Mrs. Thomson did know of the access provisions contained in that order and chose to ignore them. In addition, Davidson J. found that Mrs. Thomson was wilfully blind to the proceedings she had instituted in Scotland, and that she failed to return the child once

c) rendre toute ordonnance de garde provisoire qu'il juge être au mieux des intérêts de l'enfant;

d) suspendre l'audition de la demande sous réserve:

(i) soit de l'obligation faite à une partie d'intenter promptement la même procédure devant un tribunal extra-provincial ou d'y donner suite avec diligence,

(ii) soit de toute autre condition que le tribunal juge indiquée;

e) ordonner à une partie de renvoyer l'enfant au lieu que le tribunal juge indiqué et ordonner, à sa discrétion, le paiement des dépenses de voyage et autres dépenses raisonnables faites par l'enfant, par les autres parties ou par les témoins à l'audition de la demande.

**17(1)** Dans le présent article, «Convention» s'entend de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants figurant en annexe.

**17(2)** Dès le 1<sup>er</sup> décembre 1983, la Convention a force de loi dans la province.

**17(3)** Le ministère du procureur général est l'Autorité centrale pour l'application de la Convention dans la province.

### Les juridictions inférieures

*La Cour du Banc de la Reine du Manitoba, Division de la famille* (1993), 87 Man. R. (2d) 68

La demande de l'époux visant le retour de l'enfant a été entendue par le juge Davidson de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, tant sous le régime de la Convention que sous celui de sa loi d'application, la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*.

Dès le début, le juge Davidson s'est montrée disposée à reconnaître les ordonnances des tribunaux écossais et elle a tranché de la façon suivante les objections soulevées à leur encontre. Qu'elle ait ou non connu l'existence de la clause de l'ordonnance provisoire rendue le 27 novembre 1992 qui interdisait le déplacement, M<sup>me</sup> Thomson connaissait les dispositions relatives au droit de visite contenues dans cette ordonnance et elle a choisi de ne pas en tenir compte. En outre, le juge Davidson a conclu que M<sup>me</sup> Thomson a volontairement passé

she became aware of the contents of the orders of the Scottish court of November 27, 1992 and February 3, 1993.

Davidson J. held that both the Convention (Article 12) and the Act (s. 6) required her to start from the position that she should enforce orders from other jurisdictions except in limited circumstances. The former (with which I am principally concerned) reads:

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 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.

Davidson J. had no difficulty holding that the child had substantial connections with Scotland and not with Manitoba as contemplated by ss. 3 and 4(1) of the Act. Under these circumstances she obviously did not find it necessary to consider whether he "was habitually resident [in Scotland] immediately before the removal or retention" as required by Article 3(a) of the Convention. She simply turned to a consideration of whether any of the exceptions to a requirement to return in the Convention (Article 13) or the Act (s. 5) were applicable.

The latter question involved whether the child had suffered harm of the nature described in Article 13 of the Convention or s. 5 of the Act sufficient to warrant a refusal to return the child. She noted that the requisite harm was expressed differently in the two provisions. Article 13 spoke of a "grave risk" that the return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation, whereas s. 5 merely referred to the fact that the child would "suffer serious harm". However, she concluded that whatever test was used, it was not satisfied on the evidence. The appellant's affidavits, she

outre aux procédures qu'elle avait introduites en Écosse, et qu'elle n'a pas retourné l'enfant après avoir pris connaissance de la teneur des ordonnances prononcées le 27 novembre 1992 et le 3 février 1993 par le tribunal écossais.

Le juge Davidson a conclu qu'elle devait prendre comme point de départ que tant la Convention (art. 12) que la Loi (art. 6) la contraignaient à exécuter les ordonnances des autres ressorts, sauf dans des cas limités. La première disposition (qui m'intéresse particulièrement) porte:

ARTICLE 12

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

Le juge Davidson a pu sans peine conclure que l'enfant avait des liens étroits avec l'Écosse et non avec le Manitoba, au sens de l'art. 3 et du par. 4(1) de la Loi. Compte tenu de ces circonstances, elle n'a évidemment pas jugé essentiel de se demander si c'est en Écosse que «l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour», comme le requiert l'al. 3a) de la Convention. Elle s'est simplement demandée si les exceptions relatives à l'obligation de retourner l'enfant, énoncées dans la Convention (art. 13) et dans la Loi (art. 5), étaient applicables.

Pour répondre à cette question, il fallait savoir si l'enfant avait subi un préjudice de la nature décrite à l'art. 13 de la Convention ou à l'art. 5 de la Loi, c'est-à-dire suffisamment grave pour justifier un refus de le retourner. Le juge a signalé que les deux dispositions formulaient différemment le préjudice requis. À l'article 13, il est question d'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, alors que l'art. 5 renvoie simplement au fait que l'enfant «subirait un préjudice grave». Le juge Davidson a néanmoins conclu en se fon-

observed, were worded in terms of the “best interests” of the child, and Davidson J. concluded that the appellant truly saw the issue of whether the child should remain in Canada as a best interests issue, rather than harm as contemplated by the Act or the Convention.

Davidson J. further rejected the argument that she was required to direct a trial on the issue of harm and not decide the matter herself on the basis of affidavit material. While, she noted, a trial of the issue had been ordered by the Manitoba Court of Appeal in *Lavitch v. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261, that case had dealt with children who were 12 and 13 years old and their ambivalence about resuming a relationship with their father had to be considered in determining whether their return would cause them serious psychological harm. However, Davidson J. continued, the court in that case had indicated that where children were of such a tender age that their objection should not be a factor and no serious question of a risk of harm arose, it would be appropriate for the judge to make the order without requiring a trial of the issue. That was the situation in the case before her.

Davidson J. then dealt with the appellant’s contention that the child was not wrongfully removed within the meaning of Article 3 of the Convention, which I repeat:

#### 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

dant sur la preuve que, peu importe le critère utilisé, il n’y avait pas été satisfait. Les affidavits de l’appelante, a-t-elle remarqué, étaient rédigés en fonction du «mieux des intérêts» de l’enfant. Elle a donc conclu que c’est sous cet angle, plutôt que sous celui du préjudice comme le prescrivent la Loi et la Convention, que l’appelante considérait véritablement la question de savoir si l’enfant devait demeurer au Canada.

Le juge Davidson a également écarté l’argument portant qu’elle était tenue d’ordonner la tenue d’un procès sur la question du préjudice et de ne pas trancher elle-même la question sur le fondement des affidavits. Bien que la Cour d’appel du Manitoba ait ordonné la tenue d’un procès sur la question dans *Lavitch c. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261, a-t-elle signalé, cette affaire mettait en cause des enfants âgés de 12 et de 13 ans, et il fallait tenir compte de leur ambivalence quant à la possibilité de reprendre contact avec leur père pour déterminer si un retour leur causerait un préjudice psychique grave. Toutefois, a poursuivi le juge Davidson, le tribunal dans cette affaire avait indiqué que lorsque les enfants sont jeunes au point que leur opposition ne devrait pas constituer un facteur et qu’aucune question importante ne se pose relativement au risque de préjudice, il convient que le juge rende une ordonnance sans exiger un procès sur la question. Tel était le cas dans l’affaire dont elle était saisie.

Le juge Davidson s’est ensuite penchée sur la prétention de l’appelante portant que l’enfant n’a pas été déplacé illicitement au sens de l’art. 3 de la Convention, que je reproduis de nouveau:

#### 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

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.

Custody and access are thus defined in Article 5:

#### 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.

Davidson J. held that the appellant's custody right was a restricted one, which took away her right to determine the child's place of residence. Hence, by removing Matthew, Mrs. Thomson had breached a term of her right of custody, and thus his removal was wrongful within the terms of the Convention. The removal being wrongful, the subsequent retention was also wrongful. In *obiter*, Davidson J. rejected the appellant's argument that, by the time of the February 3, 1993 order in Scotland, the child was habitually resident in Manitoba.

On this basis, Davidson J. ordered the return of the child to Scotland. She then went on to consider the terms and conditions of the return that could be dictated by a Manitoba court under s. 6(c) of the *Child Custody Enforcement Act*. In her view, that provision allowed her to make such interim custody order as would be in the best interests of the child. While on the evidence before her she believed it would, in the long-term, be in Matthew's best interests to remain in the custody of his mother, the issue was for the Scottish courts to determine. She thought, however, that on an interim basis it was clearly in the best interests of the child that he not be abruptly removed from his mother's care. On that basis, she ordered that

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.

Les droits de garde et de visite sont décrits dans les termes suivants à l'art. 5:

#### 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.

Le juge Davidson a conclu que la restriction dont était assorti le droit de garde de l'appelante la privait du droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, en déplaçant Matthew, M<sup>me</sup> Thomson a manqué à une condition de son droit de garde. Le déplacement étant par conséquent illicite au sens de la Convention, le non-retour subséquent l'était également. Dans un commentaire incident, le juge Davidson a rejeté l'argument de l'appelante portant qu'au moment où l'ordonnance a été prononcée en Écosse le 3 février 1993, l'enfant avait sa résidence habituelle au Manitoba.

Pour ce motif, le juge Davidson a ordonné le retour de l'enfant en Écosse. Elle a ensuite étudié les modalités du retour qui pouvaient être prescrites par un tribunal du Manitoba en vertu de l'al. 6c) de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*. À son avis, cette disposition lui permettait de rendre une ordonnance de garde provisoire qui soit au mieux des intérêts de l'enfant. Bien que, sur la foi de la preuve produite, elle ait cru qu'il était à long terme au mieux des intérêts de Matthew de demeurer sous la garde de sa mère, il appartenait aux tribunaux écossais de trancher cette question. Elle estimait toutefois qu'à titre provisoire, il était manifestement au mieux des intérêts de l'enfant de ne pas être soudainement soustrait aux soins de sa

interim custody of the child be granted to Mrs. Thomson, but that the child was to be returned to the jurisdiction in Scotland where the order was made. To ensure that Mrs. Thomson proceeded expeditiously to have matters resolved in Scotland, Davidson J. further ordered that her interim custody order would expire in four months.

*Manitoba Court of Appeal* (1993), 88 Man. R. (2d) 204

On the appeal to the Court of Appeal, Twaddle J.A., for the majority, first disposed of the argument that the Manitoba court required formal proof of the Scottish order to give the Manitoba court jurisdiction. The Act, he noted, expressly provides that the court may take notice of such orders. He had no more difficulty with the issue of the residence of the child, whether considered in terms of the Convention or the specific provisions of the Act. Like Davidson J., he held that the child was a resident of Scotland and not Manitoba.

On the issue of wrongful removal, Twaddle J.A. held that while the wife might well be technically right in her contention that the child was not wrongfully removed, since she alone was the custodial parent, the point was somewhat academic since the child was clearly wrongly retained in Manitoba once the custody order in favour of the father was made.

Turning then to the exceptions to the requirement to return the child in the Act and the Convention, Twaddle J.A., at p. 208, quoted what he had said in *Lavitch*, *supra*, at p. 265:

In the case of an application to enforce the order of a jurisdiction bound by the *Convention*, a court might allow for the differences between the *Act* and the *Convention* by construing the *Act* broadly to give effect to the tenor and plain intent of the *Convention*, the provisions of which, as I have already noted, are law in Manitoba.

mère. Elle a pour ce motif ordonné que la garde provisoire de l'enfant soit accordée à M<sup>me</sup> Thomson, mais que l'enfant soit retourné dans le ressort où, en Écosse, l'ordonnance a été rendue. Pour faire en sorte que M<sup>me</sup> Thomson tente rapidement de faire trancher la question en Écosse, le juge Davidson a en outre ordonné que son ordonnance de garde provisoire expire après quatre mois.

*La Cour d'appel du Manitoba* (1993), 88 Man. R. (2d) 204

À la Cour d'appel, le juge Twaddle, pour la majorité, a d'abord répondu à l'argument portant que le tribunal manitobain devait avoir une preuve officielle de l'ordonnance écossaise pour avoir compétence. La Loi, a-t-il indiqué, prévoit expressément que le tribunal peut prendre connaissance de ces ordonnances. Il n'a éprouvé guère plus de difficulté à trancher la question de la résidence de l'enfant, qu'elle soit considérée sous l'angle de la Convention ou sous celui des dispositions particulières de la Loi. À l'instar du juge Davidson, il a déterminé que le lieu de résidence de l'enfant était l'Écosse et non le Manitoba.

Sur la question du déplacement illicite, le juge Twaddle a conclu que, bien que l'épouse puisse en principe prétendre à bon droit que l'enfant n'avait pas été déplacé illicitement puisqu'elle seule en avait la garde, la question était quelque peu théorique puisque l'enfant était manifestement retenu illicitement au Manitoba depuis que l'ordonnance de garde avait été rendue en faveur du père.

Se penchant sur les exceptions prévues dans la Loi et dans la Convention relativement à l'obligation de retourner l'enfant, le juge Twaddle a, à la p. 208, repris ce qu'il avait dit dans *Lavitch*, précité, à la p. 265:

[TRADUCTION] Dans le cadre d'une demande visant à faire exécuter l'ordonnance rendue dans un ressort lié par la *Convention*, le tribunal pourrait pallier les différences entre la *Loi* et la *Convention* en interprétant la *Loi* de manière libérale afin de rendre efficace la teneur et l'intention manifeste de la *Convention*, dont les dispositions, comme je l'ai mentionné précédemment, constituent le droit au Manitoba.

He then added:

In the result, the exceptions in the *Act* and those in the *Convention* must be read together. As 'serious harm' to the little boy in this case would necessarily be preceded by a grave risk of harm to him, it is only necessary to consider the exceptions set out in the *Convention*.

The mother had sought to introduce new evidence before the Court of Appeal from a medical doctor specializing in developmental pediatrics regarding the harm the child would suffer by being removed from his primary caregiver, but the court refused categorizing the evidence as "irrelevant" for the following reasons (at pp. 208-9):

The risk contemplated by the *Convention* must come, in my opinion, from a cause related to the return of the child to the other parent. This construction is required both by the language of the *Convention* and by the consequence of construing it otherwise.

At least in the case of a child of tender years, an extra-territorial order of custody could never be enforced if the risk of harm from the removal of the child from its present caregivers was to be allowed for. It is almost always that the removal of a very young child from its immediate environment, or from those with whom the child has become familiar, will cause some temporary psychological trauma. Those who signed the *Convention* could not have intended this as a ground for not enforcing an order. Such a result would negate the *Convention's* purpose.

Twaddle J.A. continued that although the guiding principle in all matters dealing with the custody of a child is that the adjudicating court must make the order which is in the best interests of the child, the parties to the *Convention* have agreed that the concurrent exercise of custody jurisdiction is not in the best interests of a child (pp. 209-10). As regards judicial comity, he held that if the *Convention* is fully applicable, the court in the requested state must accept the other court's order as having been made in accordance with the guiding principle. That court, he added, must also accept that the child's future welfare will be safeguarded by the court in its home jurisdiction.

Puis il a ajouté:

[TRADUCTION] À la fin, les exceptions prévues à la *Loi* et à la *Convention* doivent être interprétées ensemble. Puisque le «préjudice grave» à l'enfant en l'espèce serait nécessairement précédé d'un risque grave qu'il subisse un préjudice, il suffit de tenir compte des exceptions énoncées dans la *Convention*.

La mère a cherché à introduire en Cour d'appel un nouveau témoignage d'un médecin spécialiste en pédiatrie du développement sur le préjudice que l'enfant subirait s'il était retiré des soins de son gardien principal, mais le tribunal a refusé, jugeant la preuve «sans pertinence» pour les motifs suivants (aux pp. 208 et 209):

[TRADUCTION] Le risque auquel renvoie la *Convention* doit à mon avis découler d'une cause reliée au retour de l'enfant à l'autre parent. Cette interprétation découle nécessairement du libellé de la *Convention* et des conséquences qu'entraînerait une interprétation autre.

À tout le moins dans le cas d'un enfant en bas âge, une ordonnance extra-territoriale de garde ne pourrait jamais être exécutée si l'on tenait compte du risque que l'enfant subisse un préjudice s'il est soustrait aux soins de ses gardiens actuels. Dans presque tous les cas, le retrait d'un très jeune enfant de son environnement immédiat ou de ceux qui lui sont devenus familiers lui causera un traumatisme psychologique temporaire. Les pays signataires de la *Convention* n'ont pu souhaiter qu'il s'agisse là d'une raison de ne pas exécuter une ordonnance. Un tel résultat saperait l'objectif de la *Convention*.

Le juge Twaddle a poursuivi en ajoutant que, bien que dans toutes les affaires qui traitent de la garde d'un enfant, le principe directeur soit que le tribunal qui rend l'ordonnance doive le faire au mieux des intérêts de l'enfant, les parties à la *Convention* ont convenu que l'exercice concomitant de la compétence en matière de garde n'est pas au mieux des intérêts de l'enfant (pp. 209 et 210). Quant à la courtoisie entre tribunaux, il a conclu que, si la *Convention* est entièrement applicable, le tribunal de l'État requis doit présumer que l'autre tribunal a rendu l'ordonnance conformément à ce principe directeur. Ce tribunal, a-t-il ajouté, doit également accepter que le bien-être futur de l'enfant sera garanti par le tribunal de son ressort.

Finally, Twaddle J.A. found that the remedies available under s. 6 of the Act give more flexibility than the requirement in Article 12 of the Convention, which requires that the child be returned “forthwith”. He noted that, although the Scottish court purported to have given a “final” order, from which the appellant’s appeal was dismissed, the case had never been heard on its merits, and it was probable that the Scottish court would wish to do this. However, he doubted that this event would transpire until the appellant returned the child to Scotland. Thus he ordered the return of the child forthwith, and chided Davidson J. for having given an order “worded in such a way as to suggest that it is intended to have continued effect after the child’s return to the foreign jurisdiction” (p. 212).

The dissenting judge, Helper J.A., took a different approach to the issue of whether there had been a wrongful removal of the child from Scotland. In her view, the Scottish court had retained its jurisdiction to determine custody, and it was for that reason that the removal from Scotland was wrongful.

Helper J.A.’s reasons are otherwise largely confined to the terms of the order to return the child to Scotland. Reading the obligation to return in Article 1 of the Convention in the light of its preamble, which recognizes the paramount importance of the interests of children along with the desire to protect children internationally from their wrongful removal, she held that the governing principles are twofold: the recognition and enforcement of extraprovincial custody orders, and the protection of the best interests of children.

The Act, she thought, gave effect to these principles. The interim procedures set out in s. 6 of the Act, she held, allow a Manitoba court to take cognizance of the welfare of children while still observing the requirements of the Convention to return children to the state of their habitual residence. She stated, at p. 215:

Enfin, le juge Twaddle a conclu que les réparations prévues à l’art. 6 de la Loi offrent plus de flexibilité que l’obligation, à l’art. 12 de la Convention, prévoyant le retour «immédiat» de l’enfant. Il a signalé que, bien que le tribunal écossais ait eu l’intention de rendre une ordonnance «définitive» à l’encontre de laquelle l’appel de l’appelante a été rejeté, l’affaire n’a jamais été entendue sur le fond, et il est probable que le tribunal écossais souhaite le faire. Toutefois, il doutait que cet événement se produise avant que l’appelante ne retourne l’enfant en Écosse. Il a donc ordonné le retour immédiat de l’enfant et a reproché au juge Davidson d’avoir rendu une ordonnance [TRADUCTION] «rédigée en des termes qui donnent à entendre qu’elle est destinée à être maintenue après le retour de l’enfant dans le ressort étranger» (p. 212).

Le juge Helper, dissidente, a abordé différemment la question de savoir si l’enfant a été illicitement déplacé hors de l’Écosse. À son avis, le tribunal écossais a conservé sa compétence en matière de garde, et c’est pour cette raison que le déplacement hors de l’Écosse était illicite.

Les motifs du juge Helper sont par ailleurs en grande partie restreints aux modalités de l’ordonnance visant le retour de l’enfant en Écosse. Après avoir lu l’obligation de retour prévue à l’article premier de la Convention à la lumière de son préambule, qui reconnaît l’importance primordiale de l’intérêt de l’enfant de même que le désir de protéger l’enfant, sur le plan international, contre un déplacement illicite, elle a conclu que les principes directeurs comportent deux volets: la reconnaissance et l’exécution d’ordonnances de garde extraprovinciales et la protection de l’intérêt de l’enfant.

La Loi, a-t-elle estimé, a reconnu ces principes. À son avis, les procédures provisoires énoncées à l’art. 6 de la Loi permettent à un tribunal manitobain de prendre acte du bien-être de l’enfant tout en respectant les exigences de la Convention de retourner l’enfant dans l’État où il réside habituellement. Elle a indiqué à la p. 215:

... children must not be made to suffer twice over as a result of their parents' wrongdoing. In giving effect to extra-provincial custody orders, courts must recognize that a possible by-product of the black letter application of the *Act* and the *Convention* is undue stress and, in some cases, actual trauma suffered by young children who have no voice in the courtroom. The corollary to the direction in the *Convention* that the signatories wish to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention is the reality that children must also be protected from harmful changes that are incomprehensible to them.

[TRADUCTION] ... les enfants ne doivent pas souffrir deux fois des écarts de conduite de leurs parents. En appliquant les ordonnances de garde extra-provinciales, les tribunaux doivent tenir compte du fait que l'application stricte de la *Loi* et de la *Convention* risque de causer un stress excessif et, dans certains cas, un traumatisme véritable aux jeunes enfants qui n'ont aucune voix dans la salle d'audience. La *Convention* mentionne que les signataires souhaitent protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites. Il s'ensuit que, dans les faits, l'enfant doit également être protégé contre les changements nuisibles qu'il ne comprend pas.

The combined effect of the Scottish and Manitoba orders here would be Matthew's removal from his mother's care immediately upon his return to Scotland to be placed with his father and cared for by his grandparents, now strangers to him. Matthew would not be well served by thus allowing him to be bounced between caregivers. Accordingly, Helper J.A. would have ordered that the appellant be awarded interim custody, that the respondent's application be stayed until he agreed to allow the appellant interim custody in Scotland while she proceeded with a custody application there, and that the appellant be directed to commence a custody application in Scotland within two months.

Les ordonnances rendues en Écosse et au Manitoba auraient pour effet conjugué de retirer Matthew de la garde de sa mère immédiatement à son retour en Écosse, et de le remettre à son père. Ce sont ses grands-parents, maintenant des étrangers pour lui, qui en prendraient soin. L'intérêt de Matthew ne serait pas bien servi si on le renvoyait d'un gardien à l'autre. Le juge Helper aurait par conséquent accordé la garde provisoire à l'appelante, suspendu la demande de l'intimé jusqu'à ce qu'il accepte d'accorder à l'appelante la garde provisoire en Écosse pendant qu'elle poursuit sa demande de garde en Écosse, et ordonné à l'appelante d'y introduire une demande de garde dans les deux mois.

### *The Appeal to this Court*

The appellant sought and was granted leave to appeal to this Court. The leave application and the hearing of the appeal were both heard on an expedited basis, and judgment was rendered immediately after the hearing dismissing the appeal subject to undertakings made by the respondent to which I shall later refer. That judgment was given with reasons to follow. These are the reasons.

### *Le pourvoi devant notre Cour*

L'appelante a demandé et obtenu une autorisation de pourvoi à notre Cour. La demande d'autorisation et le pourvoi ont tous deux été entendus d'urgence et, dans un jugement rendu immédiatement après l'audience, notre Cour a rejeté le pourvoi sous réserve d'engagements pris par l'intimé, dont je parlerai plus loin. Les motifs du jugement devaient suivre. Les voici.

The case raises a number of broad issues regarding the purpose, application and interpretation of the *Convention* and its interrelationship with the *Act* implementing it in Manitoba. It also raises several more specific issues, relating to:

L'affaire soulève diverses questions générales sur l'objectif, l'application et l'interprétation de la *Convention* et sa corrélation avec sa loi d'application au Manitoba. Elle soulève également des interrogations plus précises sur:

(1) the nature of the custody required by the *Convention* and whether there was custody suf-

(1) la nature de la garde requise par la *Convention* et la question de savoir s'il y avait garde



ficient to trigger the operation of the Convention in this case;

(2) whether the child had been wrongfully removed from Scotland or wrongfully retained in Manitoba so as to bring the case within the operation of the Convention;

(3) whether the return of the child would cause harm to the child sufficient within the terms of the Convention or the Act to warrant refusal to return him; and

(4) the power of a court to which the application for return is made to accord remedies to ameliorate difficulties the child might incur from the return.

I shall begin with the general issues concerning the Convention, then deal with the particular issues before returning to the interrelationship between the Convention and the Act.

#### Background to the Hague Convention

By the mid-1970s, the problem of international parental child abduction had reached such proportions that the Commonwealth Law Ministers described it as being of "immense social importance and requiring concrete early action" (Hague Conference on Private International Law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction* (1982) (hereinafter "*Actes et documents*"), at p. 15, n. 6). At a meeting of a Special Commission of the Hague Conference on Private International Law held in January 1976, the Expert of Canada proposed that the Hague Conference undertake the preparation of an international treaty dealing with the problem of the abduction of children by one of their parents. The proposal was received with interest, and the Hague Conference Secretariat proceeded with a study of the legal and social aspects of the problem. A 1978 international study conducted by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law was informed of the following reported cases of abductions: Australia (10), Belgium (15), Denmark (8), France (75); the scale of the problem in the United Kingdom was indicated by the fact that in a 12-month period the Home Office was asked to

suffisante pour déclencher l'application de la Convention en l'espèce;

(2) la question de savoir si l'enfant a été illicitement déplacé hors de l'Écosse ou illicitement retenu au Manitoba de façon que l'affaire soit soumise à l'application de la Convention;

(3) la question de savoir si le retour de l'enfant lui causerait un préjudice suffisant au sens de la Convention ou de la Loi pour justifier le refus de le retourner; et

(4) le pouvoir d'un tribunal à qui la demande de retour est présentée d'accorder les réparations visant à aplanir les difficultés que l'enfant pourrait subir au retour.

J'examinerai d'abord les questions générales concernant la Convention, puis je me pencherai sur les questions particulières avant de revenir à la corrélation entre la Convention et la Loi.

#### Historique de la Convention de La Haye

Au milieu des années 1970, le problème de l'enlèvement international d'enfants par l'un des parents avait atteint des proportions telles que les ministres de la Justice du Commonwealth l'ont jugé «d'une immense importance sociale, qui exige que des mesures concrètes soient rapidement prises» (Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants* (1982) (ci-après appelé "*Actes et documents*»), à la p. 15, n. 6). Lors d'une réunion d'une Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé tenue en janvier 1976, l'expert du Canada a proposé que la Conférence entreprenne la rédaction d'un traité international portant sur le problème de l'enlèvement d'enfants par l'un des parents. La proposition a été bien accueillie, et le Secrétariat de la Conférence de La Haye a effectué une étude sur les aspects juridiques et sociaux du problème. Dans le cadre d'une étude internationale menée en 1978, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé a été avisé des cas suivants d'enlèvements rapportés: Australie (10), Belgique (15), Danemark (8), France (75); l'étendue du problème au Royaume-

take precautions in airports and ports in 691 cases involving 69 different countries; see A. E. Anton, "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537. Though, as Anton has pointed out, these numbers were relatively small, the risk of harm to the child and the certainty of distress to the parents made it imperative that governments coordinate their efforts to prevent this evil. At all events, the numbers showed signs of increasing. For example, between 1982 and 1984 (the United States did not implement the treaty until 1988), the number of American citizens seeking the return of abducted children from abroad doubled, and in 1986 there were 276 reported cases of parental child abduction in the United States; see C. S. Helzick, "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

In March 1979 the Conference convened a Special Commission to examine the matter and to consider possible solutions. At a further meeting of the Special Commission in November 1979 a preliminary draft Convention was prepared which formed the basis for discussion at the Fourteenth Session of the Hague Conference in October 1980.

At that session representatives of 28 states prepared a draft *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* which the Conference adopted by a unanimous vote on October 24, 1980. The Convention was immediately made available for signature by states, and Canada was one of four states to sign it on October 25, 1980. Scotland implemented the Convention in 1986.

In Canada, effect was given to the Convention by provincial statutes. Manitoba, we saw, made it part of its law by virtue of s. 17 of its *Child Custody Enforcement Act* which contains other provisions for the enforcement of extraprovincial orders. I shall refrain here from discussing the

Uni ressortait du fait que dans une période de 12 mois, on avait demandé au Home Office de prendre des précautions dans les aéroports et les ports dans 691 cas concernant 69 pays différents; voir A. E. Anton, «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537. Bien que, comme le remarque Anton, ces chiffres soient relativement peu élevés, le risque que l'enfant subisse un préjudice et le désarroi certain des parents ont contraint les gouvernements à unir leurs efforts pour enrayer ce mal. À tout événement, les chiffres montraient un accroissement. Ainsi, entre 1982 et 1984 (les États-Unis n'ont mis le traité en œuvre qu'en 1988), le nombre de citoyens américains demandant le retour d'enfants enlevés à l'étranger a doublé et, en 1986, 276 cas d'enlèvement d'enfants par un parent ont été rapportés aux États-Unis; voir C. S. Helzick, «Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction» (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

En mars 1979, la Conférence a convoqué une Commission spéciale chargée d'examiner la question et de songer aux solutions possibles. Lors d'une réunion subséquente de la Commission spéciale tenue en novembre 1979, un avant-projet de la Convention a été rédigé, lequel a constitué le point de départ de la discussion lors de la Quatorzième session de la Conférence de La Haye en octobre 1980.

Lors de cette session, les représentants de 28 États ont rédigé un avant-projet de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, que la Conférence a adopté unanimement le 24 octobre 1980. La Convention a immédiatement été soumise aux États pour signature, et le Canada a été l'un des quatre pays à la signer le 25 octobre 1980. L'Écosse a mis la Convention en œuvre en 1986.

Au Canada, c'est par l'entremise de lois provinciales que la Convention a été mise en vigueur. Le Manitoba, comme nous l'avons vu, l'a intégrée à sa législation par l'entremise de l'art. 17 de sa *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, qui contient d'autres dispositions relatives à l'exécution

interrelation between the provisions of the Convention and the Act, but before getting into the specific issues raised by the parties, it is useful to make a few general remarks about the interpretation of international treaties and conventions adopted in domestic legislation.

### Structure and Interpretation

By and large, international treaties are interpreted in a manner similar to statutes. This is evident from a perusal of Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which reads:

#### ARTICLE 31

##### *General rule of interpretation*

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

There is a significant difference, however, in the use that may be made of the legislative history and other preparatory material. Article 32 provides that such material can be used to confirm the meaning found under Article 31, or to resolve an ambiguity or obscurity or avoid a result that is manifestly absurd or unreasonable. It reads:

#### ARTICLE 32

##### *Supplementary means of interpretation*

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

des ordonnances extra-provinciales. Je n'analyserai pas ici la corrélation entre les dispositions de la Convention et celles de la Loi, mais avant de me pencher sur les questions particulières soulevées par les parties, il est utile d'apporter quelques remarques générales sur l'interprétation des conventions et traités internationaux adoptés dans les lois d'un pays.

### Structure et interprétation

Généralement parlant, les traités internationaux sont interprétés d'une manière semblable aux lois. On le constate à la lecture de l'art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, qui porte:

#### ARTICLE 31

##### *Règle générale d'interprétation*

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

Il existe en revanche une nette différence dans l'utilisation qui peut être faite de l'historique législatif et d'autres documents préparatoires. L'article 32 prévoit que ces documents peuvent être utilisés pour confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, ou pour résoudre toute ambiguïté ou obscurité ou éviter un résultat manifestement absurde ou déraisonnable. Il est ainsi libellé:

#### ARTICLE 32

##### *Moyens complémentaires d'interprétation*

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

It would be odd if in construing an international treaty to which the legislature has attempted to give effect, the treaty were not interpreted in the manner in which the state parties to the treaty must have intended. Not surprisingly, then, the parties made frequent references to this supplementary means of interpreting the Convention, and I shall also do so. I note that this Court has recently taken this approach to the interpretation of an international treaty in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689.

The *travaux préparatoires* to the Hague Convention are found in the Hague Conference on Private International Law *Actes et documents, supra*. Also of interest is the article by Anton, chair of the Special Commission, "The Hague Convention on International Child Abduction", *supra*.

I now turn to a closer examination of the purpose of the Convention. The preamble of the Convention thus states the underlying goal that document is intended to serve: "[T]he interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody." In view of Helper J.A.'s remarks on this matter, however, I should immediately point out that this should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned to the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing. This part of the preamble speaks of the "interests of children" generally, not the interest of the particular child before the court. This view gains support from Article 16, which states that the courts of the requested state shall not decide on the merits of custody until they have determined that a child is not to be sent back under the Convention. I would also draw attention to the fact that the preamble goes on to indicate the manner in which its goal is to be advanced under the Convention by saying:

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Il serait étrange qu'un traité international auquel la législature a tenté de donner effet ne soit pas interprété dans le sens que les États parties au traité doivent avoir souhaité. Il n'est donc guère surprenant que les parties aient fréquemment recours à ce moyen complémentaire d'interpréter la Convention, et je ferai de même. Je remarque que notre Cour a récemment adopté cette position à l'égard de l'interprétation d'un traité international dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

Les travaux préparatoires à la Convention de La Haye se trouvent dans les *Actes et documents, op. cit.*, de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'article d'Anton, président de la Commission spéciale, «The Hague Convention on International Child Abduction», *loc. cit.*, est également intéressant.

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

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un

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 foregoing is entirely consistent with the objects of the Convention as set out in its first Article. Article 1 sets out two objects: (a) securing the return of children wrongfully removed to or retained in any contracting state; and (b) ensuring that the rights of custody and access under the law of one contracting state are effectively respected in other contracting states. Anton, *supra*, at pp. 542-43, indicates that prompt return was intended to be predominant:

The Special Commission also considered — and, until recently, this would have been an equally novel proposition for judges in common law countries — that the courts of the State addressed should order the return of the child, subject to certain limited exceptions, despite the possibility that further inquiries might disclose that the child's welfare would be better secured by its remaining in that State. . . . [T]he primary purpose of the Convention [is], namely, as Article 1(a) states, to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State. The Commission started from the assumption that the abduction of a child will generally be prejudicial to its welfare. It followed that, when a child has been abducted from one country to another, international mechanisms should be available to secure its return either voluntarily or through court proceedings.

It is clear from the wording of the preamble and Article 3 of the Convention, cited *supra*, and from the *travaux préparatoires* that the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights. Article 3 provides that the removal or retention of a child is to be considered wrongful where "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". Such rights of custody are given effect through proceedings for the return of the child under Article 12.

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. . . .

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

[TRADUCTION] La Commission spéciale a également considéré — et, jusqu'à récemment, cela aurait constitué une proposition également nouvelle pour les juges des pays de common law — que les tribunaux de l'État requis devraient ordonner le retour de l'enfant sous réserve de certaines exceptions limitées, en dépit de la possibilité que d'autres examens révèlent que le bien-être de l'enfant serait mieux servi s'il restait dans cet État. [ . . . ] [L]'objectif premier de la Convention [est] notamment, comme l'alinéa 1a) le prescrit, de garantir le retour immédiat de l'enfant déplacé ou retenu illicitement dans un État contractant. La Commission a présumé que l'enlèvement d'un enfant sera en général préjudiciable à son bien-être. Il s'ensuit que, lorsqu'un enfant a été emmené hors d'un pays, les mécanismes internationaux devraient être mis en branle afin qu'il soit retourné volontairement ou par voie de recours judiciaires.

Il ressort du libellé du préambule et de l'art. 3 de la Convention déjà cités et des travaux préparatoires que l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde. L'article 3 prévoit que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite 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». Les procédures de retour de l'enfant prévues à l'art. 12 permettent de faire respecter ce droit de garde.

By contrast, the Convention leaves the enforcement of access rights to the administrative channels of Central Authorities designated by the state parties to the Convention. The duties of these central authorities, set forth in Article 21, are, unlike situations involving custody rights, not to return the child forthwith, but rather to cooperate "to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject", including the initiation of or assistance "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".

### Custody

Custody, as understood by the Convention, is a broad term that covers the many situations where a person lawfully has the care and control of a child. The breach of rights of custody described in Article 3, it will be remembered, are those attributed to a person, an institution or any other body by the law of the state where the child was habitually resident immediately before the removal or retention. Article 3 goes on to say that custody may arise by operation of law. The most obvious case is the situation of parents exercising the ordinary care and control over their child. It does not require any formal order or other legal document, although custody may also arise by reason of a judicial or administrative decision, or by agreement.

From the preparatory work, it seems clear, at least in some cases, that the removal of a child from a country in the face of a court order prohibiting it was intended to be covered by the Convention. Thus in the Preliminary Document No. 1 "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent" (the "Dyer Report"), a survey of conference members was conducted in which five types of situations considered to constitute "child abduction" for the purposes of the questionnaire were described. I set them forth here, noting that the fifth is directly relevant:

À l'inverse, la Convention laisse aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention la tâche de faire respecter le droit de visite. Aux termes de l'art. 21, ces autorités centrales sont tenues non pas de retourner l'enfant immédiatement comme elles doivent le faire lorsqu'est en cause le droit de garde, mais de coopérer «pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis», notamment en entamant ou favorisant «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».

### La garde

La garde, au sens de la Convention, est un terme général qui couvre de nombreuses situations où une personne est légalement chargée des soins et de la surveillance d'un enfant. On se souviendra que la violation du droit de garde décrit à l'art. 3 se rapporte au droit qui est attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. L'article 3 prescrit ensuite que la garde peut résulter d'une attribution de plein droit. Le cas le plus évident est celui des parents qui voient aux soins et à la surveillance ordinaires de leur enfant. Cet exercice ne requiert aucune ordonnance formelle ni autre document légal, bien que la garde puisse également résulter d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord.

D'après les travaux préparatoires, il semble clair que l'on a voulu, au moins dans certains cas, que le déplacement d'un enfant hors d'un pays contrairement à l'ordonnance d'un tribunal l'interdisant relève de la Convention. Par conséquent, dans le Document préliminaire n° 1 «Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents» (le «rapport Dyer»), un sondage effectué auprès des membres de la Conférence décrivait les cinq types d'enlèvement considérés comme un «enlèvement d'enfant» pour les fins du questionnaire. Je les énonce ici, en signalant que le cinquième est directement pertinent:

A The child was removed by a parent from the country of the child's habitual residence to another country without the consent of the other parent, at a time when no custody decision had yet been handed down but serious problems between the parents already existed.

B The child was abducted by a parent from the judicially determined custodian in one country and removed to another, where no conflicting custody decision had been handed down.

C The child was retained by the non-custodial parent or other relatives beyond a legal visitation period, in a country other than that in which the child habitually resided.

D The child was abducted by a parent from the legal custodian in one country and removed to another, where the abductor has been granted custody under a conflicting order in that other country or in a third country.

E The child was removed by a parent from one country to another in violation of a court order which expressly prohibited such removal. [Emphasis added.]

(*Actes et documents, supra*, at p. 9.)

Preliminary Document No. 5 "Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of March 1979 on legal kidnapping", in referring to the five types of abductions mentioned in the Dyer Report's survey, expresses the view that "the Convention should cover *all* types" (*Actes et documents, supra*, at p. 163 (emphasis in original)).

It by no means follows, however, that the Convention applies to every case where a child is removed from one country to another where a court order prohibits it. From the emphasis placed in the Convention and the preparatory work on the enforcement of custody, as distinguished from mere access, the proper view would appear to be that the mandatory return dictated by the Convention is limited to cases where the removal is in violation of the custody rights of a person, institution or other body. That is the view adopted by Anton, *supra*, at pp. 546 and 554-55, who stated:

It is clear also from the definitions of custody and access in Article 5 that the removal or retention of a

A L'enfant a été déplacé par un de ses parents du pays de la résidence habituelle de cet enfant dans un autre pays sans le consentement de l'autre parent, à un moment où aucune décision judiciaire en matière de garde n'avait encore été prononcée, mais où des problèmes sérieux opposaient déjà les parents.

B L'enfant a été enlevé par un de ses parents au gardien désigné par une décision judiciaire dans un pays et conduit dans un autre pays, où aucune décision en matière de garde contredisant la première n'a été prononcée.

C L'enfant a été retenu par le parent qui n'a pas la garde, ou par d'autres membres de la famille, au-delà de la durée légale de la visite, dans un pays autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant.

D L'enfant a été enlevé par un de ses parents à son gardien légal dans un pays et conduit dans un autre, la garde ayant été attribuée au ravisseur par une décision judiciaire contraire rendue dans cet autre pays ou dans un troisième pays.

E L'enfant a été déplacé par un de ses parents dans un autre [pays], en violation d'une décision judiciaire qui interdit expressément ce déplacement. [Je souligne.]

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 9.)

Le Document préliminaire n° 5, intitulé «Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal», concernant les cinq types d'enlèvements décrits dans le sondage du rapport Dyer, exprime l'avis que «la Convention doit les couvrir *tous*» (*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 163 (en italique dans l'original)).

Il ne s'ensuit toutefois aucunement que la Convention s'applique à tous les cas où un enfant est déplacé d'un pays à un autre alors qu'une ordonnance judiciaire l'interdit. Du fait de l'importance qu'accordent la Convention et les travaux préparatoires au respect du droit de garde, que l'on distingue du simple droit de visite, il semblerait juste de prétendre que le retour obligatoire prescrit par la Convention est limité aux cas où le déplacement viole le droit de garde d'une personne, d'une institution ou d'un autre organisme. C'est la position qu'a adoptée Anton, *loc. cit.*, aux pp. 546, 554 et 555:

[TRADUCTION] Il ressort également des définitions des droits de garde et de visite à l'article 5 que le déplace-

child in breach merely of access rights would not be a wrongful removal or retention in the sense of Article 3.

The Convention contains no mandatory provisions for the support of access rights comparable with those of its provisions which protect breaches of rights of custody. This applies even in the extreme case where a child is taken to another country by the parent with custody rights and is so taken deliberately with a view to render the further enjoyment of access rights impossible.

Anton's view gains support from the fact that the other four types of situations identified in the Dyer Report's survey as constituting "child abduction" are all of a kind where the custodial parent is deprived of her or his right of custody.

In my view, that is the correct approach and, accordingly, I propose to deal with the issue of whether there was a wrongful removal of Matthew on this basis.

#### Wrongful Removal

Before turning to the issue of whether there was an infringement of custody rights warranting the return of Matthew under the Convention, I would like to dispose briefly of two issues that were raised in the courts below.

The first of these concerns the possibility that the appellant did not know she was violating the Scottish court's order. In my view, this is irrelevant. Nothing in the nature of *mens rea* is required; the Convention is not aimed at attaching blame to the parties. It is simply intended to prevent the abduction of children from one country to another in the interests of children. If the removal of the child was wrongful in that sense, it does not matter what the appellant's view of the situation was.

The second preliminary issue relates to the dispute regarding whether Matthew's residence was in Scotland or in Manitoba at the relevant time. On the facts of this case, I agree with the courts below that this issue is also without substance.

ment ou le non-retour d'un enfant en contravention du droit de visite seulement ne serait pas un déplacement ou un non-retour illicite au sens de l'article 3.

La Convention ne contient aucune disposition obligatoire visant la protection du droit de visite qui soit semblable à celles qui protègent le droit de garde contre les violations. Il en est ainsi même dans le cas extrême où un enfant est emmené dans un autre pays par le parent titulaire du droit de garde, qui rend ainsi délibérément impossible l'exercice du droit de visite.

L'opinion d'Anton trouve appui dans le fait que, dans les quatre autres types de cas considérés dans le sondage du rapport Dyer comme un «enlèvement d'enfant», le parent qui a la garde est privé de son droit de garde.

À mon avis, cette interprétation est la bonne; je propose donc d'étudier sur ce fondement la question de savoir si Matthew a été déplacé illicitement.

#### Le déplacement illicite

Avant d'examiner la question de savoir s'il y a eu violation du droit de garde justifiant le retour de Matthew en vertu de la Convention, j'aimerais régler sommairement deux questions qui ont été soulevées devant les juridictions inférieures.

La première concerne la possibilité que l'appellante n'ait pas compris qu'elle violait l'ordonnance du tribunal écossais. À mon avis, cet élément n'est pas pertinent. Rien de la nature d'une *mens rea* n'est requis; la Convention ne vise pas à imputer le blâme aux parties. Elle vise simplement à prévenir l'enlèvement d'enfants d'un pays à un autre, dans leur intérêt. Si le déplacement de l'enfant était illicite dans ce sens, l'angle sous lequel l'appellante voyait la situation n'a aucune importance.

La seconde question préliminaire porte sur le litige qui oppose les parties sur la question de savoir si Matthew avait sa résidence en Écosse ou au Manitoba à l'époque concernée. Compte tenu des faits de l'affaire, je conviens avec les juridictions inférieures que cette question est également sans importance.



I turn then to the issue of whether there was a removal of Matthew from Scotland constituting a breach of custody rights there. The appellant argued that Matthew's removal cannot be considered wrongful under the Convention because the appellant had interim custody. For the respondent, reference was made to the letter of the central authority in Scotland that a parent had custody of a child until a court ordered otherwise. The difficulty, however, is that before Matthew's removal from Scotland, there was a court order awarding interim custody to his mother, leaving the respondent father with a mere right of access. Under these circumstances, the Court must determine what the law is as best it can by reference to relevant decisions.

Three approaches have been taken in the case law. Common to all three is that the courts have shown a strong disposition to give effect to the spirit of the Convention. The first is to the effect that a removal in breach of a non-removal clause is contrary to the terms of the Convention because such a removal is in breach of the custodial parent's own right of custody. This is arguably the approach adopted by Davidson J. in the present case. She stated, at p. 76:

... the removal was in breach of rights of custody in the November 27, 1992, order because the custody awarded to Ms. Thomson was not unconditional. I see non-removal restrictions generally as a term of custody.

Further, rights of custody are specifically defined in article 5 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". Ms. Thomson was clearly given rights of custody which restricted her right to determine the child's place of residence and she is clearly in breach of that restricted right of custody.

A similar approach was adopted by Ewbank J. of the English High Court (Family Division) in *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990. In that case, the parents of an infant daughter, residing in Ontario, separated, and the mother gained interim custody of the child but with the condition

Je me penche maintenant sur la question de savoir si Matthew a été déplacé hors de l'Écosse en violation du droit de garde qui y a été attribué. L'appelante soutient que le déplacement de Matthew ne peut être considéré comme illicite sous le régime de la Convention puisqu'elle en avait la garde provisoire. Au nom de l'intimé, on a invoqué la lettre de l'autorité centrale en Écosse suivant laquelle un parent a la garde d'un enfant jusqu'à ce que la cour ordonne autrement. La difficulté réside toutefois dans le fait qu'avant que Matthew soit déplacé hors de l'Écosse, le tribunal avait, dans une ordonnance, attribué la garde provisoire à sa mère, n'accordant au père intimé qu'un droit de visite. Compte tenu de ces circonstances, la Cour doit déterminer du mieux qu'elle peut l'état du droit en se reportant aux décisions pertinentes.

Trois positions ont été adoptées dans la jurisprudence. Dans les trois cas, les tribunaux se sont montrés fort disposés à respecter l'esprit de la Convention. Suivant la première position, le déplacement fait en violation d'une disposition l'interdisant est contraire aux termes de la Convention parce qu'il viole le droit de garde même du parent titulaire de la garde de l'enfant. On pourrait soutenir qu'il s'agit là de la position adoptée par le juge Davidson en l'espèce. Elle a écrit, à la p. 76:

[TRADUCTION] ... le déplacement violait les droits de garde accordés à M<sup>me</sup> Thomson dans l'ordonnance du 27 novembre 1992 puisque ceux-ci n'étaient pas absolus. Je considère l'interdiction de déplacer généralement comme une modalité du droit de garde.

En outre, le droit de garde est expressément défini à l'art. 5 comme incluant «le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». M<sup>me</sup> Thomson a de toute évidence obtenu un droit de garde qui restreignait son droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et elle a clairement violé ce droit de garde restreint.

Une position semblable a été adoptée par le juge Ewbank de la Haute Cour de l'Angleterre (Division de la famille) dans *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990. Dans cette affaire, les parents d'une fillette qui résidaient en Ontario, se sont séparés, et la mère a obtenu la garde provi-

that the child was not to be removed from Ontario without leave of the court. In violation of this clause, the mother brought the child to England. On the request of the English court under Article 15, the office of the Attorney General in Ontario sent a certificate and an affidavit, stating its opinion of the effect of the non-removal clause under Canadian law. Accepting this submission, Ewbank J. summarized the Attorney General of Ontario's view as follows, at p. 992:

... it is the opinion of the Crown Law Officer that the mother's conduct in removing the child from the Province of Ontario constituted a wrongful removal within the meaning of Article 3 of the Convention in that it was a breach of the rights of custody attributed to her under the law of the Province by reason of a judicial decision. Her rights of custody under the order of September 19, 1989 were rights of custody within the Province of Ontario which specifically provided by the order of the court that the child was not to be removed from Ontario, and in removing the child the mother was in breach of the rights of custody which she had been granted. [Emphasis added.]

I confess to having some discomfort with this approach. By providing that "at the time of removal or retention those rights [of custody] were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention", Article 3 would seem to imply that the rights breached must have belonged to someone other than the breaching party. That reading is confirmed by the structure of the Convention as well as by the comments of those engaged in the drafting of the Convention, from which it appears that primary protection to custody rather than access was intended.

It must, however, be remembered that the request for return in this case appears to have been based on the approach set forth in the cases just cited. Mrs. Thomson, the request reads, was the person whose custody rights were breached. The validity of this approach, I noted, was contested on a substantive basis, but it was never argued that it vitiated the request for the return of the child as such. For my part, I do not think one should insist on technical precision in matters of form, given the

soire de l'enfant, mais à la condition que celle-ci ne soit pas déplacée hors de l'Ontario sans autorisation de la cour. En contravention de cette disposition, la mère a emmené l'enfant en Angleterre. À la demande du tribunal anglais, fondée sur l'art. 15, le bureau du procureur général en Ontario a envoyé un certificat et un affidavit exposant son opinion relativement à l'effet en droit canadien de la clause interdisant le déplacement. Acceptant cette thèse, le juge Ewbank a résumé ainsi l'opinion du procureur général de l'Ontario, à la p. 992:

[TRADUCTION] ... le représentant de la Couronne est d'avis qu'en déplaçant l'enfant hors de la province d'Ontario, la mère a commis un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention en ce qu'elle a violé le droit de garde qui lui a été conféré en vertu de la loi de la province dans une décision judiciaire. Le droit de garde qui lui a été attribué dans l'ordonnance du 19 septembre 1989 était un droit de garde s'appliquant à l'Ontario. L'ordonnance de la cour prévoyait expressément que l'enfant ne devait pas être déplacé hors de l'Ontario. En déplaçant l'enfant, la mère a violé le droit de garde qu'elle avait obtenu. [Je souligne.]

J'avoue que cette position me préoccupe. En prescrivant que «ce droit [de garde] 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», l'art. 3 semble impliquer que le droit violé doit avoir appartenu à une personne autre que la partie qui commet la violation. Cette interprétation est confirmée par l'économie de la Convention et les commentaires de ses rédacteurs, desquels il appert qu'on a d'abord visé à protéger le droit de garde plutôt que le droit de visite.

Il faut cependant se rappeler que la demande de retour en l'espèce paraît avoir été fondée sur la position énoncée dans les affaires que je viens de citer. M<sup>me</sup> Thomson, peut-on lire sur la demande, est la personne dont le droit de garde a été violé. La validité de cette position, ai-je remarqué, a été contestée sur le fond, mais on n'a jamais prétendu qu'elle viciait la demande de retour de l'enfant comme telle. Pour ma part, je ne crois pas qu'il faille insister sur la précision technique dans les

difficulty institutions in various countries may have in knowing precisely what the courts in another country may require. Here the request adequately informed the courts of the situation, whatever its form or whatever the theory under which the requesting state was acting, and I think the request was properly acted upon. This is all the more compelling because on the basis of the statement of law given by the Canadian authorities in *Re K.H.*, *supra*, there was reason for the authorities in Scotland to think they were acting in accordance with Canadian law.

questions de forme, étant donné la difficulté que les institutions de divers pays peuvent avoir à déterminer exactement ce que les tribunaux étrangers peuvent exiger. En l'espèce, la demande renseignait bien les tribunaux sur la situation, peu importe sa forme ou la théorie sur laquelle l'État requérant se fondait, et j'estime qu'on y a donné suite comme il se doit. Cela est d'autant plus convaincant que, sur le fondement de l'exposé de droit fourni par les autorités canadiennes dans *Re K.H.*, précité, les autorités écossaises avaient des raisons de croire qu'elles agissaient conformément au droit canadien.

The second and third approaches mentioned hold that "the right to determine the child's place of residence" is a custody right divisible from the right to care for the person of the child, and by virtue of a non-removal clause, this right vests in either the access parent (the second approach), or the court (the third approach). These approaches gain support from the open-ended wording of Article 5: "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" (emphasis added).

Suivant les deuxième et troisième positions mentionnées, le droit «de décider du lieu de résidence de l'enfant» est un droit de garde distinct du droit de prendre soin de la personne de l'enfant. Du fait d'une clause interdisant le déplacement, ce droit est conféré soit au parent qui jouit d'un droit de visite (la seconde position), soit à la cour (la troisième position). Ces positions trouvent appui dans le libellé non limitatif de l'art. 5: «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» (je souligne).

In *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), the court accepted the second approach, that the access parent (the father) gained a right of custody within the meaning of the Convention. There, the parties had married in England in 1978 and moved to Australia in 1979. In 1982 they became the parents of a son. They separated in 1986. A consent order made by the Australian Family Court directed that the father and the mother were to remain joint guardians of the child, the mother to have day-to-day custody; neither parent was to remove the child from Australia without the consent of the other. In 1988 the mother removed the child to England without the father's consent. The English Court of Appeal, while not presented with any evidence of Australian law, noted that, under Article 3 of the Convention, custody rights are specifically

Dans *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), la cour a adopté la seconde position, suivant laquelle le parent qui a le droit de visite (le père) a obtenu un droit de garde au sens de la Convention. Dans cette affaire, les parties s'étaient mariées en Angleterre en 1978, puis avaient déménagé en Australie en 1979. En 1982, elles ont eu un fils, puis se sont séparées en 1986. Dans une ordonnance sur consentement, le tribunal australien de la famille a dit que le père et la mère devaient demeurer les gardiens conjoints de l'enfant, la mère exerçant la garde quotidienne; aucun d'eux ne devait déplacer l'enfant hors de l'Australie sans le consentement de l'autre. En 1988, la mère a emmené l'enfant en Angleterre sans le consentement du père. La Cour d'appel de l'Angleterre, tout en n'ayant reçu aucune preuve relative au droit australien, a signalé qu'en vertu de l'art. 3 de la Convention, les droits de garde sont expressément reconnus comme étant

recognized as being held either jointly or alone. Neill L.J. thus put the matter, at p. 472:

I am satisfied that this right to give or withhold consent to any removal of the child from Australia, coupled with the implicit right to impose conditions, is a right to determine the child's place of residence, and thus a right of custody within the meaning of arts 3 and 5 of the convention. I am further satisfied that this conclusion is in accordance with the objects of the convention and of the 1985 Act. Until last August this child was habitually resident in Australia. In 1986 the Family Court of Australia made orders relating to his custody, which included an agreed provision that he should not be removed from Australia without the father's consent. In my judgment, the enforcement of that provision falls plainly within the objects which the convention and the 1985 Act are seeking to achieve.

Lord Donaldson M.R. concurred, stating at p. 473:

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

That case presented more compelling facts than the present case. There, it will be observed, the parents were joint guardians under an agreed pro-

détenus conjointement ou seul. Le lord juge Neill a exposé ainsi la question à la p. 472:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que ce droit d'accorder ou de refuser son consentement à tout déplacement de l'enfant hors de l'Australie, conjointement au droit implicite d'imposer des conditions, est un droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, et donc, un droit de garde au sens des art. 3 et 5 de la convention. Je suis également convaincu que cette conclusion est compatible avec les objectifs de la convention et de la Loi de 1985. Jusqu'au mois d'août dernier, cet enfant avait sa résidence habituelle en Australie. En 1986, le tribunal de la famille de l'Australie a prononcé des ordonnances portant sur sa garde, qui interdisaient, avec le consentement des parties, qu'il soit déplacé hors de l'Australie sans l'autorisation du père. À mon sens, l'exécution de cette disposition tombe directement sous le coup des objectifs que la convention et la Loi de 1985 cherchent à atteindre.

Le maître des rôles Lord Donaldson a souscrit à ces propos, s'exprimant ainsi à la p. 473:

[TRADUCTION] «*Custody*» («garde») en anglais ordinaire signifie «soutien sûr, protection; charge, soin, tutelle» (puisé dans le *Shorter Oxford English Dictionary*); toutefois, le «droit de garde» défini dans la Convention a un sens beaucoup plus précis qui, je le crains, déterminera la plupart des demandes fondées sur celle-ci. C'est «le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant». Ce droit appartient à la cour, à la mère, au père ou à quelque institution de garde, comme une autorité locale, ou peut, comme en l'espèce, être un droit partagé, dans la mesure où l'enfant doit résider en Australie, le droit étant celui de la mère mais, pour ce qui est de toute question quant à la résidence de l'enfant hors de l'Australie, il s'agit d'un droit conjoint sous réserve, il va de soi, des droits prépondérants de la cour. Si une personne, qu'il s'agisse d'un particulier, de la cour ou d'un autre organisme ou institution, a le droit de s'opposer, et qu'elle n'est pas consultée ou refuse son consentement, le déplacement est illicite au sens de la convention. J'ajoute pour plus de précision que le «droit de décider de son lieu de résidence» (suivant le libellé de la convention) peut être spécifique, par exemple le droit de décider que l'enfant vivra à une adresse donnée, ou général, par exemple «dans les limites du Commonwealth de l'Australie».

Dans cette affaire, les faits étaient plus convaincants que ceux de l'espèce. Il est à noter que les parents étaient les gardiens conjoints en vertu

vision that the child should not be removed from the country. Here the father under the court order appears to have had only a right of access, which the Convention does not equate with custody.

The third approach, that the effect of the insertion of a non-removal clause in an interim custody order is to retain a right of custody in the court, was adopted by the English Court of Appeal in *B. v. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144. There, the mother and father married in England in 1977 and moved to Ontario in 1981, where they became Canadian citizens. Their son was born in 1985. The parties separated in 1990. In January 1991 a consent order granted interim custody to the mother with liberal access to the father, and included an order preventing the child's removal from Ontario. In May 1991 the mother sought final custody and leave of the court to remove the child to England. That motion was returnable on June 27, 1991. In her affidavit, the mother stated: "I have no intention of leaving this jurisdiction without an appropriate order of this honourable court." On June 27 the motions judge adjourned the hearing of the substantive issues but ordered that the child "shall not be removed from the jurisdiction in the interim". The hearing was to resume July 2, 1992. On that day, the judge gave directions for the substantive hearing to continue at a later date in a new venue. His order continued the interim custody of the wife and specified the access times of the husband. It did not, however, include a non-removal clause. The next day, the wife left for England with the child.

Sir Stephen Brown P. of the English Court of Appeal held, at p. 149:

In my view this was the plainest example of an unlawful removal. The mother herself appears to have thought so, for she later stated that she regretted having taken that step at that time. It is suggested that she did not appreciate the legal position, although she was in receipt of legal advice at the time. It seems to me that the court

d'une disposition convenue portant que l'enfant ne devait pas être déplacé hors du pays. En l'espèce, en vertu de l'ordonnance de la cour, le père paraît n'avoir obtenu qu'un droit de visite, que la Convention n'assimile pas au droit de garde.

La troisième position, celle suivant laquelle l'existence d'une disposition interdisant le déplacement dans une ordonnance de garde provisoire a été adoptée par la Cour d'appel anglaise dans *B. c. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144. Dans cette affaire, la mère et le père, qui se sont mariés en Angleterre en 1977, sont venus vivre en Ontario en 1981, et sont devenus des citoyens canadiens. Leur fils est né en 1985. Les parties se sont séparées en 1990. En janvier 1991, une ordonnance sur consentement accordait la garde provisoire à la mère et un droit de visite généreux au père, et interdisait en outre que l'enfant soit déplacé hors de l'Ontario. En mai 1991, la mère a demandé la garde permanente et l'autorisation de la cour d'emmener l'enfant en Angleterre. Cette requête devait être présentée le 27 juin 1991. Dans son affidavit, la mère déclarait: [TRADUCTION] «Je n'ai pas l'intention de quitter le ressort sans une ordonnance appropriée de la cour.» Le 27 juin, le juge des requêtes a ajourné l'audience sur les questions de fond, tout en ordonnant que l'enfant [TRADUCTION] «ne soit pas déplacé hors du ressort entre-temps». L'audience devait reprendre le 2 juillet 1992. Ce jour là, le juge a donné des directives afin que l'audience sur le fond soit tenue ultérieurement devant une autre cour. Par son ordonnance, il maintenait la garde provisoire accordée à l'épouse et précisait les heures de visite de l'époux. Il n'interdisait toutefois pas le déplacement. Le lendemain, l'épouse a emmené l'enfant en Angleterre.

Sir Stephen Brown de la Cour d'appel de l'Angleterre a conclu, à la p. 149:

[TRADUCTION] À mon avis, il s'agit là de l'exemple le plus frappant d'un déplacement illicite. La mère elle-même paraît l'avoir cru puisqu'elle a subséquemment admis qu'elle regrettait avoir agi ainsi à ce moment-là. On donne à entendre qu'elle n'a pas bien saisi la position légale, bien qu'elle ait bénéficié de conseils juri-

itself had a right of custody at this time in the sense that it had the right to determine the child's place of residence, and it was in breach of that right that the mother removed the child from its place of habitual residence.

I am fully in agreement with this statement. It seems to me that when a court has before it the issue of who shall be accorded custody of a child, and awards interim custody to one of the parents in the course of dealing with that issue, it has rights relating to the care and control of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence. It has long been established that a court may be a body or institution capable of caring for the person of a child. As I explained in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, the Court of Chancery has long exercised wardship over children in need of protection in the exercise of its *parens patriae* jurisdiction. But I see no need to rely on jurisdiction emanating from this doctrine, which has understandably "puzzled and concerned" other Contracting Parties; wardship, as we know it, does not apparently exist in Scotland; see Nigel Lowe and Michael Nicholls, "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] *Fam. Law* 191, at p. 191.

This Court heard no evidence on the legal effect under Scottish law of the insertion of the non-removal clause in the interim custody order granted to Mrs. Thomson on November 27, 1992. Therefore we must interpret the clause without aid, from general principles and by analogy to Canadian law. Under Canadian law, a non-removal clause may be placed in an interim order of custody to preserve the court's jurisdiction to make a final determination of custody. It seems to me that when a court is vested with jurisdiction to determine who shall have custody of a child, it is while in the course of exercising that jurisdiction, exercising rights of custody within the broad meaning of the term contemplated by the Convention. In the words of Article 3(b), "at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exer-

diques à l'époque. Il me semble que le tribunal lui-même détenait un droit de garde à ce moment-là en ce sens qu'il avait le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et c'est en contravention à ce droit que la mère a déplacé l'enfant de son lieu de résidence habituelle.

Je suis tout à fait d'accord avec cet exposé. Il me semble que le tribunal qui doit déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant et qui accorde la garde provisoire à l'un des parents pendant qu'il étudie cette question, a des droits relatifs aux soins et à la surveillance de l'enfant et, en particulier, celui de décider de son lieu de résidence. Il est depuis longtemps établi qu'un tribunal peut être un organisme ou une institution en mesure de prendre soin de la personne de l'enfant. Comme je l'ai expliqué dans *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, dans l'exercice de sa compétence *parens patriae*, la Cour de la chancellerie a longtemps exercé une tutelle à l'égard des enfants ayant besoin d'être protégés. Mais je ne vois pas la nécessité d'invoquer une compétence issue de cette doctrine, qui a à juste titre [TRADUCTION] «troublé et préoccupé» d'autres parties contractantes; la tutelle, telle que nous la connaissons, n'existe apparemment pas en Écosse; voir Nigel Lowe and Michael Nicholls, «Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention», [1994] *Fam. Law* 191; à la p. 191.

Notre Cour n'a entendu aucun témoignage sur l'effet en droit écossais de l'existence dans l'ordonnance de garde provisoire rendue en faveur de M<sup>me</sup> Thomson le 27 novembre 1992 d'une disposition interdisant le déplacement. Nous devons donc interpréter la clause sans assistance, à partir des principes généraux et par analogie au droit canadien. En droit canadien, une disposition interdisant le déplacement peut être prévue dans une ordonnance de garde provisoire afin de maintenir la compétence de la cour de rendre une décision finale relativement à la garde. Il me semble que lorsqu'un tribunal est investi de la compétence de déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant, il exerce alors un droit de garde au sens général du terme visé par la Convention. Pour reprendre les termes de l'al. 3b), «que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment

cised but for the removal or retention". As noted earlier, the *travaux préparatoires* envision this situation.

All of this seems particularly appropriate in the case at bar. The non-removal clause here reads simply: "Of new Grants interim interdict quoad crave 2 ad interim against the Defender from removing the said Matthew Paul Thomson furth of Scotland" (emphasis in original). Given the under-scoring twice of the word 'interim', it seems clear that the non-removal clause was inserted into the custody order of November 27, 1992 to preserve jurisdiction in the Scottish court to decide the issue of custody on its merits in a full hearing at a later date. Thus the Scottish court became "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" having custody rights within the meaning of Article 3. The preservation of the access rights of the respondent would be merely a corollary effect of the clause. The appellant's removal of Matthew therefore constituted a breach of the custody right of the Scottish court within the meaning of Article 3 of the Convention. Article 12 of the Convention, therefore, charges this Court to order his return "forthwith".

It will be observed that I have underlined the purely interim nature of the mother's custody in the present case. I would not wish to be understood as saying the approach should be the same in a situation where a court inserts a non-removal clause in a permanent order of custody. 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

du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus». Comme je l'ai dit précédemment, les travaux préparatoires envisagent cette situation.

Tout cela semble particulièrement approprié dans le présent pourvoi. La disposition interdisant le déplacement en l'espèce se lit simplement comme suit: [TRADUCTION] «Accorde de nouveau l'interdiction provisoire, relativement à la requête n° 2 provisoirement contre la défenderesse, de déplacer Matthew Paul Thomson hors de l'Écosse» (souligné dans l'original). Comme les termes «provisoire» et «provisoirement» sont tous deux soulignés, il semble clair que la disposition interdisant le déplacement a été insérée dans l'ordonnance de garde du 27 novembre 1992 afin que soit maintenue la compétence du tribunal écossais de trancher la question de la garde sur le fond au cours d'une audience complète devant se tenir à une date ultérieure. Le tribunal écossais est ainsi devenu «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» ayant un droit de garde au sens de l'art. 3. Le maintien du droit de visite de l'intimé ne serait qu'un effet connexe de la disposition. Le déplacement de Matthew par l'appelante a par conséquent violé le droit de garde du tribunal écossais au sens de l'art. 3 de la Convention. L'article 12 de la Convention oblige donc notre Cour à ordonner son retour «immédiat».

Il est à noter que j'ai souligné la nature purement provisoire de la garde de la mère en l'espèce. Je ne voudrais pas donner à entendre que j'estime que la position devrait être la même dans le cas où le tribunal interdit le déplacement dans une ordonnance de garde permanente. 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

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.

### Wrongful Retention

In light of my determination that the removal of Matthew was wrongful, it is not in strictness necessary to deal with wrongful retention. However, in view of the argument concerning the effect of the February 3, 1993 order of the Scottish court in favour of the father, I think it is important to discuss this issue.

The respondent argued that the appellant's retention of Matthew after the Scottish court's order of February 3, 1993 was wrongful within the meaning of Article 3 because it was in breach of rights the respondent would have exercised if not for the retention. Neither side placed any evidence before this Court as to the reasons of the Scottish court in granting the order of February 3 which flies in the face of the Solicitor's report indicating that the appellant is the more suitable parent. The lower courts assumed, and the appellant argued, that this custody decision was made solely for the purpose of bolstering the respondent's application under the Hague Convention. This type of order is known internationally as a "chasing order".

Since the Hague Convention's reference to "wrongful retention" is somewhat ambiguous, it must be read in light of the background to the Convention. The drafters of the Convention did not wish to follow the approach of the Council of Europe's *Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, Eur. T.S. No. 105, which bases the return of children on the recognition of custody decisions or orders of the requesting state, thus necessitating the request-

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.

### Le non-retour illicite

Puisque j'estime que le déplacement de Matthew était illicite, il n'est pas absolument nécessaire que je traite du non-retour illicite. Toutefois, étant donné l'argument concernant l'effet de l'ordonnance rendue le 3 février 1993 par le tribunal écossais en faveur du père, j'estime important d'étudier la question.

L'intimé soutient que l'omission par l'appelante de retourner Matthew après que le tribunal eut rendu l'ordonnance du 3 février 1993 était illicite au sens de l'art. 3 car elle violait les droits que l'intimé aurait exercés n'eût été le non-retour. Ni l'une ni l'autre partie n'a présenté de preuve devant notre Cour quant aux raisons pour lesquelles le tribunal écossais a prononcé l'ordonnance du 3 février, qui va à l'encontre du rapport du procureur indiquant que l'appelante est le parent le plus qualifié. Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé, et l'appelante a prétendu, que cette décision relative à la garde a été rendue exclusivement en vue d'appuyer la demande de l'intimé fondée sur la Convention de La Haye. Cette forme d'ordonnance est connue au plan international comme une «*chasing order*» (ci-après «*ordonnance de retour*»).

Puisque la mention dans la Convention de La Haye du «non-retour illicite» est quelque peu ambiguë, elle doit être lue à la lumière de son historique. Les rédacteurs de la Convention ne souhaitaient pas adopter la position de la *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, S.T.E. n° 105, adoptée par le Conseil de l'Europe, qui fonde le retour de l'enfant sur la reconnaissance des décisions ou ordonnances relatives à la garde rendues



ing state to issue a “chasing order”. Anton, *supra*, explains (at pp. 541-42):

... in many abduction cases there will have been no anterior custody decision: the right breached may have been a right conferred by law. The Council of Europe Convention comes into operation only where there is a custody decision to recognise and enforce, and meets the problem presented by the possible absence of an anterior decision by providing for the recognition and enforcement under the Convention of a retrospective decision (the so-called “chasing order”) relating to the custody of the child and declaring his removal to have been unlawful. The Special Commission at The Hague, however, considered that it would be wrong to require a person seeking the return of an abducted child to go first to the courts of the State of the habitual residence of the child to obtain a “chasing order”. . . . Although, therefore, under Article 15 of the Hague Convention, the courts of a State to which applications for the return of a child have been made may call for a “chasing order”, this is merely an option. They are likely to avail themselves of it only when they have substantial doubts which cannot otherwise be resolved.

Article 15, allowing for the requested state to seek a “chasing order” from the requesting state, is as follows:

#### ARTICLE 15

The judicial or administrative authorities of a Contracting State may, prior to the making of an order for the return of the child, request that the applicant obtain from the authorities of the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention, where such a decision or determination may be obtained in that State. The Central Authorities of the Contracting States shall so far as practicable assist applicants to obtain such a decision or determination.

The provision, it will be observed, contemplates that the initiative for obtaining a chasing order is with the requested state, and that the order is intended to determine whether the removal or retention was wrongful. In short, for the purposes of the Convention, a “chasing order” serves to

par l'État requérant, obligeant ainsi ce dernier à rendre une «ordonnance de retour». Anton, *loc. cit.*, explique (aux pp. 541 et 542):

[TRADUCTION] . . . dans de nombreux cas d'enlèvement, il n'y aura aucune décision antérieure sur la garde: le droit violé peut avoir été conféré par la loi. La Convention adoptée par le Conseil de l'Europe n'entre en jeu que lorsqu'il existe relativement à la garde une décision qu'il faut reconnaître et exécuter. Elle remédie à la difficulté créée par l'absence possible d'une décision antérieure en prévoyant la reconnaissance et l'exécution sous son régime d'une décision rétrospective (ce que l'on appelle «ordonnance de retour») relativement à la garde de l'enfant, et en déclarant son déplacement comme ayant été illicite. La Commission spéciale de La Haye a toutefois considéré qu'il serait erroné d'exiger d'une personne qui demande le retour d'un enfant enlevé qu'elle se présente d'abord devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'enfant pour obtenir une «ordonnance de retour». [ . . . ] Bien que, par conséquent, en vertu de l'art. 15 de la Convention de La Haye, les tribunaux de l'État auxquels les demandes de retour d'un enfant ont été présentées puissent demander une «ordonnance de retour», il ne s'agit là que d'une option. Ils ne s'en prévaudront probablement que s'ils éprouvent des doutes sérieux qui ne peuvent être dissipés autrement.

L'article 15, qui permet à l'État requis de demander une «ordonnance de retour» auprès de l'État requérant, porte:

#### ARTICLE 15

Les autorités judiciaires ou administratives d'un État contractant peuvent, avant d'ordonner le retour de l'enfant, demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet État. Les Autorités centrales des États contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation.

Il est à remarquer que la disposition prévoit que c'est à l'État requis de demander l'«ordonnance de retour» et que l'ordonnance est destinée à déterminer si le déplacement ou le non-retour était illicite. En bref, aux fins de la Convention, l'«ordonnance de retour» permet de préciser pour le bénéfice de

clarify for the requested state the opinion of the requesting state that indeed the continuing retention was wrongful.

There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order of foreign jurisdictions. And there are several statements in the supplementary material to support the view that “wrongful retention” under the Hague Convention does not contemplate a retention becoming wrongful only after the issuance of a “chasing order”. According to the report of Professor Pérez-Vera on the Preliminary draft Convention (Preliminary Document No. 6 “Report of the Special Commission”) the situations to which “wrongful retention” under the Hague Convention was intended to refer are quite straightforward and conform to common sense. She states:

As a result, an analytical approach seems to be the most appropriate for getting into the gist of the matter in an area where legal terminology could become either too complex or too simple. As a basis for this approach, we shall consider just two elements which coexist in all the situations we have to face and which, in such a way, may be deemed to constitute the unalterable nucleus of the problem.

[Describing “removal”] In the first place, and in all cases, we have the removal of a child away from the normal social environment in which he lived in the care of a custodian (or institution) who exercised over him a legal right of custody. [Describing “retention”] Naturally, we must assimilate to this situation the case of a refusal to return the child after a sojourn abroad, where the sojourn has been made with the consent of the rightful custodian of the child’s person. In both cases, the outcome is the same: the child has been removed from the social and family background which shaped his life.

Secondly, the person who removed the child ... hopes to obtain the right of custody from the authorities of the country where the child has been taken ... [in order to] legalize the factual situation he has created ... [Emphasis added.]

(*Actes et documents, supra*, at p. 172.)

To paraphrase, a wrongful retention begins from the moment of the expiration of the period of access, where the original removal was with the

l’État requis l’opinion de l’État requérant qu’effectivement le non-retour était illicite.

a Rien dans la Convention n’exige la reconnaissance d’une ordonnance de garde rendue *ex post facto* dans un autre ressort. En outre, plusieurs exposés dans les documents supplémentaires appuient l’opinion que, sous le régime de la Convention de La Haye, le non-retour ne devient pas b illicite uniquement après qu’une «ordonnance de retour» est rendue. Selon le rapport du professeur Pérez-Vera sur l’avant-projet de Convention c (Document préliminaire n° 6 «Rapport de la Commission spéciale»), les situations auxquelles le «non-retour illicite» visé à la Convention de La Haye était destiné à renvoyer sont très précises et conformes au bon sens. Elle dit:

d En conséquence, une approche analytique semble être la plus adéquate pour saisir l’essence d’une question dont l’expression en termes de droit court le risque de tomber ou bien dans le simplisme ou bien dans une excessive complexité. Comme point de départ de cette e approche nous retiendrons seulement deux éléments présents dans toutes les situations qui nous concernent, de telle façon qu’il est légitime d’estimer qu’ils constituent le noyau irréductible du problème.

f [Décrivant «déplacement»:] En premier lieu, dans toutes les hypothèses, il existe le déplacement d’un enfant hors de son milieu habituel, où il se trouvait à la charge d’une personne (ou d’une institution) qui exerçait sur lui un droit de garde légitime. [Décrivant «non-retour»:] Bien entendu, on doit assimiler à une telle situation le refus de réintégrer l’enfant à son milieu, après un séjour à l’étranger, avec le consentement de celui qui exerçait la garde sur sa personne. En effet, dans les deux cas la conséquence est la même: l’enfant a été soustrait de l’environnement familial et social dans lequel se déroulait sa vie.

En second lieu, la personne qui déplace l’enfant [...] a l’espoir d’obtenir des autorités du pays où l’enfant a été emmené le droit de garde sur la personne de celui-ci [...] [afin de] légalis[e] la situation de fait qu’elle vient de créer ... [Je souligne.]

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 172.)

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

consent of the rightful custodian of the child. This interpretation is repeated in the "Commentary on the Draft" in the Report of the Special Commission, which states:

In the first place, the reference to wrongfully 'retained' children tends to cover the case of a child who is in a different place from that of his habitual residence, with the consent of the rightful custodian, and who has not been returned by the non-custodial parent.

(*Actes et documents, supra*, at p. 187.)

Similarly, the Explanatory Report on the Convention states:

The fixing of the decisive date in cases of wrongful retention should be understood as that on which the child ought to have been returned to its custodians or on which the holder of the right of custody refused to agree to an extension of the child's stay in a place other than that of its habitual residence.

(*Actes et documents, supra*, at pp. 458-59.)

At page 429, it adds: "The Convention . . . places at the head of its objectives the restoration of the *status quo*".

Accordingly, I conclude that the order granted by the Scottish court in favour of the father on February 3, 1993, standing alone, would not have been sufficient to ground an application under the Hague Convention, as it could not, in itself, make the retention wrongful.

As noted earlier, I am aware of a number of cases, like the present, where the British authorities appear to have assumed that a "chasing order" issued after the child has been taken out of the jurisdiction can by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention; see *C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), aff'd [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)); and *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.). In particular, since this case was argued, a number of British and Australian cases have come to my attention where wardship proceedings in England have been used as "chasing

légal de l'enfant. Cette interprétation est reprise dans le «Commentaire de l'avant-projet» du Rapport de la Commission spéciale, qui prévoit:

<sup>a</sup> En premier lieu, la référence aux enfants «retenus» illicitement entend couvrir les cas où l'enfant se trouvant dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle — avec le consentement de la personne qui exerçait normalement sa garde — n'est pas renvoyé par la personne avec laquelle il séjournait.

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 187.)

<sup>b</sup> De même, dans le Rapport explicatif de la Convention on écrit:

<sup>c</sup> . . . la concrétisation de la date décisive en cas de non-retour devant être entendue comme celle à laquelle l'enfant aurait dû être remis au gardien, ou à laquelle le titulaire de la garde a refusé son consentement à un prolongement du séjour de l'enfant dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle.

(*Actes et documents, op. cit.*, aux pp. 458 et 459.)

<sup>d</sup> À la page 429, on ajoute: «. . . la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du *statu quo*».

<sup>e</sup> Je conclus donc que l'ordonnance rendue le 3 février 1993 par le tribunal écossais en faveur du père n'aurait pas suffi comme telle à fonder une demande en vertu de la Convention de La Haye, puisqu'elle ne pouvait en soi rendre le non-retour illicite.

<sup>f</sup> Je le répète, je suis conscient de nombreux cas où, comme en l'espèce, les autorités britanniques paraissent avoir présumé qu'une «ordonnance de retour» rendue après que l'enfant a été enlevé du ressort peut en elle-même rendre illicite ce qui était par ailleurs conforme à la Convention; voir *C. c. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), conf. par [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)), et *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.). En particulier, depuis que la présente affaire a été entendue, bon nombre de causes britanniques et australiennes ont été portées à mon attention, dans lesquelles des procédures

orders” after the removal of a child to establish wrongful retention whether by or against the person having the right of custody at the time of the removal; see, for example, *Re B.-M.*, *supra*; and *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.). I refrain from commenting further about these cases, but I simply observe that such an approach taken against a custodial parent (other than one acting on an interim basis, as here) appears at first blush to be directed to protecting interests other than custody rights, to which the remedy of return of the child is confined under the Convention. Should such a situation arise here, it would have to be very carefully scrutinized to see if this conformed to the letter and spirit of the Convention. I observe that in a recent United States case, the court there refused to honour a request for return under such circumstances; see *Meredith v. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (D. Ariz. 1991).

#### Exceptions to the Return of a Wrongfully Removed Child

Having determined that Matthew was wrongfully removed under the terms of the Convention, Article 12 of the Convention mandates this Court to order his return “forthwith” unless his case fits into one of the exceptions set forth in Articles 12, 13 and 20. These are (see John M. Eekelaar, “International Child Abduction by Parents” (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, at p. 311):

1. More than a year has elapsed between the removal and the commencement of judicial proceedings and it can be demonstrated that the child is now settled into his new environment: Article 12;

2. 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: Article 13(a);

intentées en Angleterre relativement à une tutelle ont été utilisées comme des «ordonnances de retour» après le déplacement d’un enfant afin d’établir le non-retour illicite par la personne qui a le droit de garde au moment du déplacement ou contre elle; voir par exemple *Re B.-M.*, précité, et *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.) Je m’abstiendrai de commenter plus amplement ces affaires, mais je remarque simplement qu’une telle position adoptée à l’encontre du parent qui a la garde (autre que provisoire, comme en l’espèce) paraît à prime abord viser à protéger des intérêts autres que le droit de garde, auquel le retour de l’enfant est limité en vertu de la Convention. Si une telle situation se produisait en l’espèce, il faudrait l’examiner avec grand soin afin de déterminer si elle est conforme à la lettre et à l’esprit de la Convention. Je remarque qu’aux États-Unis, le tribunal a, dans une affaire récente, refusé de faire droit à une demande de retour dans de telles circonstances; voir *Meredith c. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (D. Ariz. 1991).

#### Exceptions au retour d’un enfant déplacé illicitement

Puisque Matthew a été déplacé illicitement au sens de la Convention, l’art. 12 de la Convention contraint notre Cour à ordonner son retour «immédiat», à moins que sa situation ne soit visée par l’une des exceptions énoncées aux art. 12, 13 et 20. Elles sont les suivantes (voir John M. Eekelaar, «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, à la p. 311):

1. Plus d’un an s’est écoulé entre le déplacement et le moment de l’introduction des procédures judiciaires, et il peut être établi que l’enfant s’est intégré dans son nouveau milieu: art. 12;

2. 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: al. 13a);

3. The person, institution or other body having the care of the person of the child had acquiesced in the removal or retention: Article 13(a);

4. 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: Article 13(b);

5. The child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take into account its views: Article 13;

6. The return of the child would “not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms”: Article 20.

As well, it will be remembered, there is the exception in s. 5 of the Manitoba Act that if the court is satisfied that a child would suffer serious harm from leaving or placing the child with the person named in an extraprovincial order, it must make another custody order.

The only exceptions into which it is claimed Matthew fits are that of “serious harm” under the Manitoba Act or “a grave risk . . . [of] physical or psychological harm” under the Convention. It is argued that Matthew’s separation from his mother, who has been his primary caretaker for the past 13 months, will cause such harm, and that such separation is the necessary consequence of an order of return, due to the currency of the Scottish custody order in favour of the father of February 3, 1993. I shall deal with the matter on the basis that both tests of harm are applicable to the present proceedings; I shall have more to say about this later.

As noted by Davidson J., the tests for harm under the Manitoba Act and the Convention are not expressed in the same terms. The former requires that the “child would suffer serious harm if the child remained in or was restored to the custody . . .”. The latter requires “a grave risk that his

3. La personne, l’institution ou l’organisme qui avait le soin de la personne de l’enfant a acquiescé à ce déplacement ou à ce non-retour: al. 13a);

4. 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: al. 13b);

5. L’enfant s’oppose à son retour et il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion: art. 13;

6. Le retour de l’enfant «ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l’État requis sur la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales»: art. 20.

En outre, convient-il de rappeler, l’art. 5 de la Loi manitobaine prévoit une exception, suivant laquelle, si le tribunal conclut que l’enfant subirait un préjudice grave s’il demeurait sous la garde, ou s’il était confié à la garde, de la personne nommée dans une ordonnance de garde extra-provinciale, il doit rendre une ordonnance de garde différente.

Les seules exceptions qui, soutient-on, s’appliquent à Matthew, sont celles du «préjudice grave» selon la Loi du Manitoba ou du «risque grave [. . .] [de] danger physique ou psychique» selon la Convention. On soutient que la séparation de Matthew d’avec sa mère, qui a été sa principale gardienne pendant les 13 derniers mois, lui causera pareil préjudice et que cette séparation est la conséquence inévitable d’une ordonnance de retour, étant donné l’existence de l’ordonnance de garde rendue en Écosse le 3 février 1993 en faveur du père. J’étudierai la question en tenant pour acquis que les deux critères en matière de préjudice s’appliquent aux présentes procédures; j’ajouterai plus loin des commentaires à cet égard.

Comme le juge Davidson l’a signalé, les critères en matière de préjudice en vertu de la Loi manitobaine et de la Convention ne sont pas formulés en des termes identiques. Aux termes de la première, «l’enfant subirait un préjudice grave s’il demeurait sous la garde [. . .] ou s’il était confié de nouveau à

or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation". Twaddle J.A. disposed of the problems raised by this variance by stating, at p. 208: "As 'serious harm' to the little boy in this case would necessarily be preceded by a grave risk of harm to him, it is only necessary to consider the exceptions set out in the *Convention*." In view of the findings that the facts here did not meet the tests of harm either as expressed in the Convention or the Act, I need not delve into this issue. I content myself by saying that I agree that the inconsistencies between the Convention and the Act are not so great as to mandate the application of a significantly different test of harm. Because of this and because, as I will explain later, it is in my view the only relevant exception, I will consider only case law under the "harm" exception of the Convention, on which in any case the appellant essentially relied.

It has been generally accepted that the Convention mandates a more stringent test than that advanced by the appellant. In brief, although the word "grave" modifies "risk" and not "harm", this must be read in conjunction with the clause "or otherwise place the child in an intolerable situation". The use of the word "otherwise" points inescapably to the conclusion that the physical or psychological harm contemplated by the first clause of Article 13(b) is harm to a degree that also amounts to an intolerable situation. Examples of cases that have come to this conclusion are: *Gsponer v. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.); *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.); *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Director-General of Family and Community Services v. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381 (Fam. Ct. Aust. (Full

la garde . . . ». Aux termes de la seconde, il doit exister «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». Le juge Twaddle de la Cour d'appel a solutionné ainsi à la p. 208 la difficulté qu'engendre cette différence: [TRADUCTION] «Puisque le «préjudice grave» à l'enfant en l'espèce serait nécessairement précédé d'un risque grave qu'il subisse un préjudice, il suffit de tenir compte des exceptions énoncées dans la *Convention*.» Vu les conclusions que les faits en l'espèce ne satisfont pas aux critères en matière de préjudice prévus soit dans la Convention, soit dans la Loi, je n'ai pas à approfondir la question. Je me contenterai de dire que je conviens que les différences entre la Convention et la Loi ne sont pas marquées au point de forcer l'application d'un critère sensiblement différent en matière de préjudice. Pour cette raison et parce que, comme je l'expliquerai plus loin, il s'agit à mon avis de la seule exception pertinente, j'étudierai uniquement la jurisprudence portant sur l'exception relative au «préjudice» de la Convention, sur laquelle, de toute façon, l'appelante s'est essentiellement fondée.

Il est généralement reconnu que la Convention requiert un critère plus rigoureux que celui proposé par l'appelante. En bref, bien que le mot «grave» détermine le «risque» et non le «préjudice», le terme doit être lu conjointement avec la phrase «ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». L'emploi de l'expression «autre manière» nous amène inévitablement à conclure que le préjudice physique ou psychique prévu dans la première partie de l'al. 13b) est tel qu'il devient également une situation intolérable. On en est venu à cette conclusion dans les affaires suivantes: *Gsponer c. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.); *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.); *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Director-General of Family and Community Services c. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381

Ct.); and *C. v. C.*, *supra*. In *Re A. (A Minor) (Abduction)*, *supra*, Nourse L.J., in my view correctly, expressed the approach that should be taken, at p. 372:

... the risk has to be more than an ordinary risk, or something greater than would normally be expected on taking a child away from one parent and passing him to another. I agree ... that not only must the risk be a weighty one, but that it must be one of substantial, and not trivial, psychological harm. That, as it seems to me, is the effect of the words 'or otherwise place the child in an intolerable situation'.

I hasten to add, however, that I do not accept Twaddle J.A.'s assessment that the risk contemplated by the Convention must come from a cause related to the return of the child to the other parent and not merely from the removal of the child from his present caregiver. As this Court stated in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, from a child centred perspective, harm is harm. If the harm were severe enough to meet the stringent test of the Convention, it would be irrelevant from whence it came. I should observe, however, that it would only be in the rarest of cases that the effects of "settling in" to the abductor's environment would constitute the level of harm contemplated by the Convention. By stating that before one year has elapsed the rule is that the child must be returned forthwith, Article 12 makes it clear that the ordinary effects of settling in, therefore, do not warrant refusal to surrender. Even after the expiration of one year, return must be ordered unless, in the words of the Convention, "it is demonstrated that the child is now settled in its new environment".

In the case at bar, there is no doubt that Matthew would suffer some psychological harm in being torn from his mother's custody and thrust into that of his father, especially in light of the possibility that, on a re-hearing, the Scottish court may award final custody back to the mother. To paraphrase Helper J.A., it is not good for a child to be bounced from one caregiver to another. This problem has been recognized by other courts. In *Re L.*, *supra*, the father was American and the mother British.

(Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); et *C. c. C.*, précité. À la page 372 de *Re A. (A Minor) (Abduction)*, précité, le lord juge Nourse exprime, à mon avis avec justesse, la position qui devrait être adoptée:

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

Je m'empresse d'ajouter cependant que je n'accepte pas l'affirmation du juge Twaddle que le risque visé par la Convention doit découler d'une cause liée au retour de l'enfant à l'autre parent et non seulement du retrait de l'enfant du parent qui en prend soin. Comme notre Cour l'a remarqué dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, du point de vue de l'enfant, un préjudice est un préjudice. Si le préjudice était suffisamment grave pour satisfaire au critère rigoureux de la Convention, sa source importerait peu. Je tiens toutefois à signaler que ce ne sera que dans de très rares cas que les effets de «l'intégration» dans le milieu du ravisseur causeront un préjudice au niveau envisagé par la Convention. La déclaration à l'art. 12 selon laquelle, lorsqu'une période de moins d'un an s'est écoulée, la règle prescrit que l'enfant doit être retourné immédiatement, précise que les effets ordinaires de l'intégration ne justifient donc pas le refus de rendre l'enfant. Même après un an, l'autorité saisie doit ordonner le retour de l'enfant à moins, comme le dit la Convention, «qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu».

En l'espèce, il ne fait aucun doute que Matthew subirait quelque préjudice psychique s'il était soustrait à la garde de sa mère pour être confié à celle de son père, particulièrement compte tenu de la possibilité que, dans le cadre d'une nouvelle audience, le tribunal écossais accorde de nouveau la garde permanente à la mère. Pour reprendre les propos du juge Helper, il n'est pas bon pour un enfant d'être renvoyé d'un pourvoyeur de soins à l'autre. D'autres tribunaux ont reconnu ce pro-

They had lived in Texas where the child was born in 1991. The mother wrongfully removed the child to England. The father applied under the Hague Convention for the return of the child, and the mother resisted the application under the exception in Article 13(b). The mother adduced evidence from two developmental psychologists that to separate a mother from a 19 month old would cause the child grave psychological harm. The court held that this evidence went to the merits of a custody hearing. The court determined that the risk of harm to the child would only arise if the mother refused to accompany the child or was denied a visa to do so. Even so, the court held that the harm was not severe enough to invoke Article 13(b). At page 405, it stated:

Even if she still failed [to accompany the child to Texas or] to obtain such a visa, I do not accept that there is a grave risk that Thomas would be exposed to psychological harm of the necessary degree, or be placed in an intolerable situation of the necessary degree. After all, he will be collected by his father here, and taken to Texas, and then will be cared for by his father and by his paternal grandmother thereafter.

In light of the undertakings of the father in *Re L.* to pay the mother's airfare, to pay interim support money, and to vacate the matrimonial home in Texas for her to stay there with the child until the custody hearing, the court was satisfied that the child's interests were safeguarded while the Convention was honoured.

### Remedies

As discussed earlier, the "chasing order" issued by the Scottish court complicates matters in the case at bar, for it makes one objective of the Convention, a return to the *status quo* as it existed before the wrongful removal, impossible to achieve without taking additional action. The Convention does not provide specifically for remedial flexibility because it is based on the primary assumption that the wrongful removal of a child necessarily has harmful effects (see the preamble;

blème. Dans *Re L.*, précité, le père était américain et la mère britannique. Ils avaient vécu au Texas, où l'enfant est né en 1991. La mère a illicitement emmené l'enfant en Angleterre. Le père a demandé le retour de l'enfant en vertu de la Convention de La Haye et la mère s'y est opposée en invoquant l'exception prévue à l'al. 13b). Elle a appelé à témoigner deux psychologues de l'enfance, suivent lesquels un enfant de 19 mois séparé de sa mère subirait un préjudice psychique grave. Le tribunal a conclu que cette preuve ressortissait au fond d'une audience sur la garde. Il a déterminé que le risque de préjudice à l'enfant ne se poserait que si la mère refusait de l'accompagner ou ne pouvait obtenir un visa pour ce faire. Même dans ce cas-là, a conclu le tribunal, le préjudice n'était pas suffisamment grave pour que l'on puisse invoquer l'al. 13b). À la page 405, il a dit:

[TRADUCTION] Même si elle ne réussit tout de même pas [à accompagner l'enfant au Texas ou] à obtenir un tel visa, je ne crois pas qu'il existe un risque grave que Thomas subisse un préjudice psychique de la nature requise, ou qu'il soit placé dans une situation suffisamment intolérable. Après tout, il sera recueilli par son père, qui l'amènera au Texas, et en prendra soin avec l'aide de la grand-mère paternelle de l'enfant par la suite.

Étant donné la promesse du père dans *Re L.* de payer le transport aérien de la mère, de lui verser une pension alimentaire provisoire et de quitter la résidence familiale du Texas pour lui permettre d'y demeurer avec l'enfant jusqu'à l'audience relative à la garde, le tribunal était convaincu que les intérêts de l'enfant étaient protégés et que la Convention était respectée.

### h Réparations

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'«ordonnance de retour» rendue par le tribunal écossais complique la question en l'espèce car, à moins de prendre des mesures additionnelles, il est impossible d'atteindre l'un des objectifs de la Convention, soit celui de revenir au statu quo qui existait avant le déplacement illicite. La Convention ne permet aucune souplesse à l'égard des réparations puisqu'elle est fondée sur la prémisse que le déplacement illicite de l'enfant a nécessairement des effets



see also Anton, *supra*, at p. 543). In interpreting the Convention, courts have recognized that frequently an unqualified return order can be detrimental to the short term interests of the child in that it wrenches the child from its *de facto* primary caregiver. As Helper J.A. put it, at p. 215, "children must not be made to suffer twice over as a result of their parents' wrongdoing". The younger the child, the greater the need for the courts' concern. This is especially so in fact patterns like the present to which the *travaux préparatoires* refer to as "in effect, the reverse of the usual child abduction case" (Dyer Report, *Actes et documents, supra*, at p. 40).

Given the preamble's statement that "the interests of children are of paramount importance", courts of other jurisdictions have deemed themselves entitled to require undertakings of the requesting party provided that such undertakings are made within the spirit of the Convention: see *Re L., supra*; *C. v. C., supra*; *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); and *Re A. (A Minor) (Abduction), supra*. Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that "the authority concerned shall order the return of the child forthwith" can be complied with, the wrongful actions of the removing party are not condoned, the long-term best interests of the child are left for a determination by the court of the child's habitual residence, and any short-term harm to the child is ameliorated.

Mr. Thomson has offered the following undertakings through his solicitors which this Court has accepted:

- (a) He will not take physical custody of Matthew upon Matthew's return to Scotland and not until a Court permits such custody.
- (b) That he will commence such proceedings as will enable the Court of competent jurisdiction in Scotland to determine within approximately 5 weeks of

nuisibles (voir le préambule; voir également Anton, *loc. cit.*, à la p. 543). En interprétant la Convention, les tribunaux ont reconnu que l'ordonnance de retour sans réserves risque fréquemment d'être préjudiciable aux intérêts de l'enfant à court terme car elle arrache ce dernier des mains de la personne qui, dans les faits, est son principal pourvoyeur de soins. Comme le dit le juge Helper à la p. 215, [TRADUCTION] «les enfants ne doivent pas souffrir deux fois des écarts de conduite de leurs parents». Plus l'enfant est jeune, plus le tribunal doit faire preuve de prudence. C'est d'autant plus vrai lorsque les faits sont de la nature de ceux de l'espèce, auxquels les travaux préparatoires renvoient comme s'agissant, «en fait, du contraire d'un cas normal d'enlèvement d'enfant» (rapport Dyer, *Actes et documents, op. cit.*, à la p. 40).

Compte tenu du préambule, aux termes duquel «l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale», certains tribunaux étrangers se sont investis du pouvoir d'exiger des engagements de la part de la partie demanderesse, pour autant que ces engagements respectent l'esprit de la Convention: voir *Re L.*, précité; *C. c. C.*, précité; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)), et *Re A. (A Minor) (Abduction)*, précité. Grâce aux engagements, la condition prévue à l'art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l'autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant]», peut être respectée, les actes illicites de la partie qui a déplacé l'enfant ne sont pas excusés, l'intérêt à long terme de l'enfant est déterminé par le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant et tout préjudice à court terme à l'enfant est atténué.

Monsieur Thomson a proposé, par l'entremise de ses procureurs, les engagements suivants, que notre Cour a acceptés:

[TRADUCTION]

- a) Il n'exercera pas la garde physique de Matthew au retour de celui-ci en Écosse, et ne l'exercera que si un tribunal la lui attribue.
- b) Il entamera les procédures qui conféreront au tribunal compétent en Écosse le pouvoir de trancher provisoirement ou définitivement dans un délai d'environ

Matthew's return on an interim or final basis, the issue of Matthew's care and control.

ron 5 semaines suivant le retour de Matthew la question des soins et de la surveillance de Matthew.

### Interaction Between Convention and Manitoba Act

Davidson J. made a four-month interim custody order in favour of the appellant. The interveners before this Court disagreed on whether the Manitoba Court of Queen's Bench had jurisdiction to grant such an order. This difference of opinion arises from the interpretation of s. 6 of the Manitoba Act (which allows such interim orders as are in the best interests of the child) and the interpretation of Articles 12 of the Convention (which demands that a wrongfully removed child must be returned "forthwith") and 16 (which states that a court charged with determining a case by application of the Convention "shall not decide on the merits of rights of custody" unless it has first determined that the child is not to be returned under the Convention). The Attorney General of Canada submits that, if a conflict exists between these provisions, the Convention must prevail. The Attorney General of Manitoba submits that in such a case, the Manitoba legislation must prevail.

Professor Vaughan Black in his article "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, at pp. 279-80, describes the problem created by the provincial enactments of the Convention:

The problem arises because in some cases two distinct statutory regimes present themselves as applicable. In the mid-1980s, all Canadian provinces and territories adopted legislation implementing the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This legislation was enacted on top of existing statutes dealing with matters of child custody. Those existing statutes typically had some provisions dealing with questions of territorial complexity. Specifically, the existing statutes contained provisions dealing with the questions of when the provinces' courts could and should take jurisdiction over a geographically complex custody case, and the related matter of the circumstances in which foreign custody orders should be accorded recognition. In some provinces . . . the Hague Convention is found in the same statute as the general

### Corrélation entre la Convention et la Loi du Manitoba

Le juge Davidson a rendu une ordonnance de garde provisoire de quatre mois en faveur de l'appelante. Les intervenants devant notre Cour n'ont pu se mettre d'accord sur la question de savoir si la Cour du Banc de la Reine du Manitoba était compétente pour prononcer cette ordonnance. Cette divergence d'opinion naît de l'interprétation de l'art. 6 de la Loi manitobaine (qui permet qu'une ordonnance provisoire soit rendue au mieux des intérêts de l'enfant), de l'art. 12 de la Convention (qui exige le retour «immédiat» d'un enfant illicitement déplacé) et de l'art. 16 (qui prescrit que les tribunaux tenus de trancher une affaire par l'application de la Convention «ne pourront statuer sur le fond du droit de garde» à moins d'avoir d'abord déterminé que les conditions de la Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies). Le procureur général du Canada soutient que, si un conflit existe entre ces dispositions, la Convention doit prévaloir. Le procureur général du Manitoba soutient pour sa part que, dans un tel cas, la loi du Manitoba doit prévaloir.

Dans un article intitulé «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, aux pp. 279 et 280, le professeur Vaughan Black décrit le problème créé par les lois provinciales d'application de la Convention:

[TRADUCTION] Le problème réside dans le fait que, dans certains cas, deux régimes législatifs distincts sont applicables. Au milieu des années 1980, toutes les provinces et tous les territoires canadiens ont adopté une loi visant la mise en vigueur de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ces lois se sont ajoutées aux textes de loi qui existaient déjà en matière de garde d'enfant. Ces textes de loi contenaient généralement des dispositions sur des questions de complexité territoriale. Plus précisément, les lois existantes déterminaient les cas où les tribunaux provinciaux pouvaient et devaient assumer leur compétence à l'égard des affaires de garde complexes du point de vue géographique, et traitaient de la question connexe des circonstances dans lesquelles les ordonnances de garde étrangères devaient être reconnues. Dans cer-

custody provisions. In others, the Convention was enacted in a separate statute confined to the promulgation of that treaty. In either event — at least in those cases where the foreign country in question is a contracting state under the Convention — international custody cases appear to present the problem of two applicable statutes.

The preliminary draft Convention that had been completed by the Hague Conference Special Commission in November 1979 was submitted to the Uniform Law Conference of Canada in August 1980 by its Committee on International Conventions on Private International Law (see K. B. Farquhar, "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5). The Uniform Law Conference agreed upon the text of a "Uniform Act" to implement the Hague Convention. Four provinces (New Brunswick, Nova Scotia, Saskatchewan and Alberta) enacted legislation that paralleled the Uniform Act, including its provision that, in the event of a conflict between the Convention and any other enactment, the Convention prevailed: *International Child Abduction Act*, S.N.B. 1982, c. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, c. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, c. I-10.1; and *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, c. I-6.5.

Quebec chose not to enact the Convention at all, but to legislate equivalent provisions: *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, S.Q. 1984, c. 12. The five remaining provinces (Manitoba, Ontario, British Columbia, Prince Edward Island and Newfoundland) adopted the Convention in a more general statute dealing with the civil aspects of child abduction: *The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360); *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 1985, c. 72, s. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17; and *The Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61. Of these five, Ontario, Prince Edward Island and New-

taines provinces [...] la Convention de La Haye se retrouve au côté de dispositions générales en matière de garde. Dans d'autres, la Convention a été adoptée dans une loi distincte se limitant à la promulgation du traité. Quoi qu'il en soit — du moins dans les affaires où le pays étranger en question est un État partie à la Convention — les affaires internationales de garde paraissent soulever le problème de deux lois applicables.

L'avant-projet de la Convention qui a été achevé par la Commission spéciale de la Conférence de La Haye en novembre 1979 a été soumis à la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada en août 1980 par l'intermédiaire de son comité sur les conventions internationales en droit international privé (voir K. B. Farquhar, «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5). La Conférence sur l'uniformisation des lois a accepté le texte d'une «Loi uniforme» pour l'application de la Convention de La Haye. Quatre provinces (le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan et l'Alberta) ont adopté une loi parallèle à la Loi uniforme, dont sa disposition portant que, dans le cas d'un conflit entre la Convention et toute autre loi, la Convention doit prévaloir: *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, ch. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1, et *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, ch. I-6.5.

Le Québec a choisi de ne pas adopter la Convention du tout, adoptant plutôt des dispositions équivalentes: *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.Q. 1984, ch. 12. Les cinq autres provinces (le Manitoba, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve) ont adopté la Convention dans une loi plus générale régissant les aspects civils de l'enlèvement d'enfants: *The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, ch. 27 (maintenant la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360). *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, ch. 8, mod. par S.B.C. 1985, ch. 72, art. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, ch. 17, et *The*

foundland's enactments all contain the provision that, in the event of a conflict between the Convention and any other legislative scheme, the Convention prevails. Only the British Columbia and Manitoba Acts do not contain such supremacy provisions. <sup>a</sup>

*Children's Law Act*, S.N. 1988, ch. 61. De ces cinq lois, celles de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve prévoient qu'en cas de conflit entre la Convention et tout autre régime législatif, la Convention prévaut. Seules les lois de la Colombie-Britannique et du Manitoba n'accordent pas cette primauté.

Black (*supra*, at p. 286) asserts that the difference of view between the provinces that enacted the Convention *simpliciter* and those that grafted it onto a more expansive legislative scheme stem from the fact that: <sup>b</sup>

Black (*loc. cit.*, à la p. 286) affirme que la différence d'opinions entre les provinces qui ont adopté la Convention comme telle et celles qui l'ont intégrée dans un régime législatif plus vaste découle du fait suivant:

A province might wish to enact legislation which imposes an obligation to order the return of abducted children which is "stricter" — that is, subject to narrower exceptions — than the obligation imposed by the Convention. Parties seeking an order for return pursuant to such laws should not then be faced with an argument that one of the exceptions in the Convention operates to preclude that relief. In other words, the Convention enacts *minimal* obligations to order the return of abducted children, and does not operate to preclude the enactment of more stringent obligations. [Emphasis in original.] <sup>c</sup>

[TRADUCTION] Une province pourrait souhaiter adopter une loi qui impose une obligation plus «rigoureuse» d'ordonner le retour des enfants enlevés — c'est-à-dire soumise à des exceptions plus restreintes — que l'obligation imposée par la Convention. Les parties qui demandent une ordonnance de retour conformément à de telles lois ne devraient pas alors se faire répondre que l'une des exceptions à la Convention a pour effet de fermer la porte à cette réparation. En d'autres termes, la Convention adopte des obligations *minimales* d'ordonner le retour des enfants enlevés, et elle n'a pas pour effet d'interdire l'adoption d'obligations plus rigoureuses. [En italique dans l'original.] <sup>d</sup>

However, the situation described by Black, where a province might hypothetically wish to enact provisions narrower than those of the Convention, is the reverse situation to that of the case at bar. It was argued before us that, because the two pieces of legislation were not pleaded as alternatives, and because Manitoba has enacted enforcement provisions looser than those of the Convention, the Manitoba Court of Queen's Bench has jurisdiction to make an interim custody order that is in contravention of the requirements of Articles 12 and 16 of the Convention. <sup>e</sup>

Cependant, la situation décrite par Black, où une province pourrait hypothétiquement souhaiter adopter des dispositions plus restrictives que celles de la Convention, est la situation contraire à celle de l'espèce. On a fait valoir devant nous que, parce que les deux textes législatifs n'ont pas été plaidés de façon subsidiaire, et parce que le Manitoba a adopté des dispositions plus généreuses que celles de la Convention en matière d'exécution, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a compétence pour rendre une ordonnance de garde provisoire contraire aux exigences des art. 12 et 16 de la Convention. <sup>f</sup>

It is, in strictness, not necessary to decide whether the provisions of the *Child Custody Enforcement Act* conflict with the provisions of the Convention in the case at bar. The four months of interim custody granted to the appellant by Davidson J. have expired, as have the two months Helper J.A. would have granted. Although this case has been expedited, the appellant has had *de facto* cus- <sup>g</sup>

Strictement parlant, il n'est pas nécessaire de décider si les dispositions de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* entrent en conflit avec celles de la Convention en l'espèce. Les quatre mois de garde provisoire accordés à l'appelante par le juge Davidson sont expirés, tout comme les deux mois que le juge Helper aurait accordés. Bien que l'audition de la présente affaire ait été accéléré- <sup>h</sup>

tody of Matthew in Canada for 13 months. The respondent has undertaken not to enforce any right to custody he might have under Scottish law until a full hearing of the matter if the appellant accompanies the child back to Scotland. Whether she accompanies Matthew or not, the appellant must return the child to Scotland "forthwith".

I think it advisable, however, to set forth my views on the interrelationship of the Convention and the other provisions of the Act in circumstances such as arose here. As I see it, those provisions and the Convention operate independently of one another. This result appears obvious when an application is made solely under the Convention or solely under the Act. One procedure may provide advantages that the other does not. When a particular procedure is chosen, however, it should operate independently of the other, though 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; see *G. v. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] *Fam. Law* 519 (C.A.), at p. 519; and Black, *supra*, at pp. 290-91.

In the present case, applications were made under both the provisions of the Act and the Convention, and the courts below attempted to deal with both at the same time. Such mixing of independently devised comprehensive procedures is seldom helpful, and what is more important I do not think it is called for by the Act. It is true that unlike the Uniform Act, the Manitoba Act does not expressly provide that in the event of conflict the Convention prevails, but I do not think this is necessary where an application is made under the Convention. There is nothing in the Act indicating that when an application is made under the Convention, the independent procedure provided by the Act (which, unlike the Convention, is more

rée, l'appelante a la garde de facto de Matthew au Canada depuis 13 mois. L'intimé s'est engagé à ne faire respecter aucun droit de garde qu'il pourrait détenir en vertu du droit écossais jusqu'à ce que l'affaire soit entendue intégralement, à condition que l'appelante raccompagne l'enfant en Écosse. Qu'elle accompagne Matthew ou non, l'appelante doit retourner l'enfant en Écosse «immédiat[ement]».

Je crois sage toutefois d'exprimer mon avis sur la corrélation qui existe entre la Convention et les autres dispositions de la Loi étant donné les circonstances de l'espèce. À mon avis, ces dispositions et celles de la Convention ont un effet indépendant les unes des autres. Ce résultat est évident lorsqu'une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi. Une procédure peut offrir des avantages que l'autre n'offre pas. Lorsqu'une procédure particulière est choisie, elle devrait toutefois s'appliquer indépendamment de l'autre. 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; voir *G. c. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] *Fam. Law* 519 (C.A.), à la p. 519, et Black, *loc. cit.*, aux pp. 290 et 291.

En l'espèce, les demandes ont été présentées en vertu à la fois des dispositions de la Loi et de celles de la Convention, et les tribunaux d'instance inférieure ont tenté de traiter des deux en même temps. Une telle fusion de procédures exhaustives conçues séparément est rarement utile. Qui plus est, je ne crois pas que la Loi le requiert. Il est vrai que, contrairement à la Loi uniforme, la Loi du Manitoba ne prévoit pas expressément qu'en cas de conflit, c'est la Convention qui prévaut, mais je ne crois pas que cela soit nécessaire lorsque la demande est présentée en vertu de la Convention. Rien dans la Loi n'indique que, dans le cas d'une demande fondée sur la Convention, la procédure indépendante prévue par la Loi (qui, contrairement

narrowly directed at the enforcement of custody orders) should be referred to. By adopting the Convention, then, the legislature must be taken to do what it requires: promptly return a child wrongfully removed from its state of habitual residence to that state. Unless the applicant chooses to abandon it, the application under the Convention applies. Black, *supra*, at pp. 281-82, thus puts the matter:

The Convention simply requires that, subject to a narrow list of exceptions, children wrongfully removed from the country of their habitual residence be promptly returned to that state. The courts in the contracting state where the "abducted" children are present have an obligation to order such return. Article 16 of the Convention makes it clear that where there is an application for the return of a child, such application takes precedence over any custody application:

After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child . . . , the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention . . .

Thus, an application for return pursuant to the Convention preempts a local custody application. Only if the application for return is refused — either because the Convention is held to be inapplicable or because one of its narrow exceptions is found to operate — should a custody application proceed. Since the court which decided to grant an order for return of the children pursuant to the Convention would obviously not both order such return and then proceed to determine custody, a successful application under the Convention entails declining any custody jurisdiction the court might otherwise possess. [Emphasis in original.]

Thus, as I see it, Davidson J. or Helper J.A. could not make an interim custody order under s. 6 of the Act. I am not, however, prepared to completely discount the possibility that the end sought by Helper J.A. could not be achieved under the Convention. Ordinarily, it is neither necessary nor desirable to proceed otherwise than with the utmost expedition. That is because in most cases

à la Convention, vise plus spécifiquement l'exécution d'ordonnances de garde) devrait être invoquée. Parce qu'elle a adopté la Convention, la législature doit être réputée se soumettre à ses exigences: retourner sans délai à son lieu de résidence habituelle l'enfant qui en a été déplacé illicitement. À moins que l'auteur de la demande ne choisisse de l'abandonner, la demande en vertu de la Convention s'applique. Black, *loc. cit.*, aux pp. 281 et 282, pose ainsi la question:

[TRADUCTION] La Convention requiert seulement que, sous réserve d'une liste restreinte d'exceptions, les enfants illicitement déplacés hors du pays de leur résidence habituelle soient retournés rapidement à cet État. Les tribunaux de l'État contractant où se trouvent les enfants «enlevés» sont tenus d'ordonner leur retour. Il ressort clairement de l'art. 16 de la Convention que la demande visant le retour d'un enfant a priorité sur toute demande de garde:

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour [. . .], les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies . . .

Par conséquent, une demande de retour présentée conformément à la Convention a priorité sur une demande de garde présentée dans le pays. Ce n'est que si la demande de retour est refusée — soit parce que la Convention est jugée inapplicable, soit parce que l'une de ses exceptions restreintes s'applique — qu'une demande de garde devrait être traitée. Puisque le tribunal qui a décidé d'accorder une ordonnance de retour des enfants conformément à la Convention n'ordonnerait évidemment pas le retour pour ensuite statuer sur la garde, le fait qu'il accueille une demande fondée sur la Convention le contraint à décliner toute compétence qu'il pourrait par ailleurs avoir en matière de garde. [En italique dans l'original.]

Aussi, tel que je le conçois, le juge Davidson ou le juge Helper ne pouvaient rendre une ordonnance de garde provisoire en vertu de l'art. 6 de la Loi. Je ne suis toutefois pas disposé à écarter complètement la possibilité que la fin recherchée par le juge Helper ne puisse être atteinte en vertu de la Convention. En temps ordinaire, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'agir autrement qu'avec la plus

(as the situations described in the Dyer Report illustrate), the child will be returned to its custodian — its ordinary caregiver. And, in cases of interim custody, the interim custodian will normally accompany the child back. As Helper J.A. pointed out, what makes this case difficult is that the “chasing order” makes the intended operation of the Convention impossible.

Because of the “chasing order” obtained by the applicant, the restoration of the *status quo*, which in the words of the Explanatory Report (*Actes et documents, supra*, at p. 429) “The Convention . . . places at the head of its objectives”, cannot be achieved. Faced with this situation, the court must be assumed to have sufficient control over its process to take the necessary action to meet the purpose and spirit of the Convention. Here this Court accepted undertakings made by the applicant which in the circumstances before it appeared best calculated to achieve that end. However, such undertakings may not always be forthcoming or for one reason or another this course may not be acceptable. That is why I would not rule out the possibility that, in circumstances such as these, the time frame for return proposed by Helper J.A. might be justified under the Convention. I observe that Article 11 contemplates a period of six weeks when the authorities in the requesting state may enquire about delay.

### Disposition

At the conclusion of the oral argument, judgment was delivered as follows:

The appeal is dismissed on the undertaking made to the Court by respondent through his counsel. Counsel will deposit with the Registrar no later than tomorrow at noon a signed undertaking in the terms before the Court. Madame Justice L’Heureux-Dubé would have agreed with Madame Justice Helper’s disposition of the case in reference to the undertaking.

Reasons and determination as to costs to follow.

grande diligence. C’est que, dans la plupart des cas (comme les situations décrites dans le rapport Dyer l’illustrent), l’enfant sera retourné à son gardien — son pourvoyeur de soins habituel. Et, dans les cas de garde provisoire, le titulaire de la garde provisoire accompagnera normalement l’enfant lors de son retour. Comme l’a signalé le juge Helper, ce qui rend la présente affaire difficile, c’est que l’«ordonnance de retour» rend impossible l’application projetée de la Convention.

En raison de l’«ordonnance de retour» obtenue par le requérant, il est impossible de réaliser le rétablissement du *status quo* que, selon le libellé du Rapport explicatif (*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 429): «la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs». Aux prises avec cette situation, le tribunal doit être réputé détenir un pouvoir suffisant à l’égard de sa procédure pour prendre les mesures nécessaires en vue de respecter la lettre et l’esprit de la Convention. En l’espèce, notre Cour a accepté les engagements pris par le requérant qui, dans les circonstances, paraissent plus aptes à atteindre ce but. Il peut arriver cependant qu’il n’y ait pas de tels engagements ou que, pour une raison ou une autre, ce moyen soit inacceptable. C’est pourquoi je n’écarterais pas la possibilité que, dans des circonstances comme celles de l’espèce, l’échéancier proposé pour le retour par le juge Helper puisse être justifié en vertu de la Convention. Je remarque que l’art. 11 prévoit un délai de six semaines après lequel les autorités de l’État requérant peuvent s’informer des raisons du retard.

### Dispositif

Le jugement suivant a été rendu à la fin des plaidoiries:

Le pourvoi est rejeté sous réserve de l’engagement que l’intimé a pris devant notre Cour par l’intermédiaire de son avocat. L’avocat déposera auprès du Registrare, demain midi au plus tard, un engagement signé selon les termes proposés à la Cour. Le juge L’Heureux-Dubé aurait été d’accord avec la façon dont le juge Helper a tranché l’affaire par rapport à l’engagement.

Les motifs et la décision quant aux dépens suivront.

In light of all the circumstances, there will be no order as to costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — As my colleague La Forest J. has pointed out, this appeal concerns the problem of international abduction of children in violation of the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 ("Convention"), which, in the province of Manitoba, is implemented through the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360 ("CCEA").

Here, the appellant mother, who was granted interim custody of her eight-month-old son Matthew from the courts in Scotland on November 27, 1992, flew to Canada with her son on December 2, 1992 in breach of the court order which restricted her from leaving Scotland. The respondent father is now seeking his son's return to Scotland. He relies upon the Convention and upon an *ex parte* final custody order granted to him by the Scottish courts after his wife and son had left Scotland. The question before this Court is whether the Convention applies to the facts of this case and, if so, whether transitory measures for the return of the child to his habitual place of residence are within the jurisdiction of the courts in Manitoba pursuant to the CCEA.

As appears from the judgment rendered orally from the bench on January 26, 1994, we are all in agreement that this appeal should be dismissed and that the Convention is applicable to the circumstances of this case. In this respect, I wish to stress that I am in full agreement with my colleague La Forest J.'s interpretation of the Convention as well as the application of the Convention to the present set of circumstances. Specifically, I agree with his interpretation of the terms "wrongful removal" and "wrongful retention" in the Convention and his interpretation of the Article 13(b) exemption under the Convention. Furthermore, I stress my agreement with his comments at pp. 589-90 concerning the mobility rights of women. I

Compte tenu de toutes les circonstances, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges  
a L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Comme mon collègue le juge La Forest l'a mentionné, cet appel concerne le problème relié à l'enlèvement international d'enfants en violation de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (la «Convention»), qui est mise en application au Manitoba au moyen de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360 (la «Loi»).

En l'espèce, l'appelante, la mère à qui, le 27 novembre 1992, les tribunaux écossais avaient accordé la garde provisoire de son fils Matthew âgé de huit mois, s'est envolée vers le Canada en compagnie de son fils le 2 décembre 1992, violant ainsi l'ordonnance judiciaire qui lui interdisait de quitter l'Écosse. Le père intimé demande maintenant le retour de son fils en Écosse. Il invoque la Convention ainsi que l'ordonnance de garde permanente qu'ont rendue *ex parte* les tribunaux écossais après que son épouse et son fils eurent quitté l'Écosse. Notre Cour est appelée à déterminer si la Convention s'applique aux faits de la présente affaire et, dans l'affirmative, si les mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle relèvent de la compétence des tribunaux du Manitoba en vertu de la Loi.

Comme il appert du jugement rendu à l'audience le 26 janvier 1994, nous sommes tous d'avis que cet appel doit être rejeté et que la Convention s'applique aux faits de l'espèce. À cet égard, j'aimerais souligner que je souscris entièrement à l'interprétation que mon collègue le juge La Forest donne à la Convention et à la façon dont il l'applique aux circonstances de cette affaire. Plus particulièrement, je partage son opinion quant à l'interprétation des termes «déplacement illicite» et «non-retour illicite» de la Convention et de l'exemption y prévue à l'al. 13b). Je souligne également mon accord avec ses commentaires, aux pp. 589 et 590, sur la liberté de circulation et d'établissement des femmes. Comme lui, je crois que l'in-



agree that the insertion of a non-removal clause in a permanent order of custody does not result in a right of custody being retained by the court and therefore does not result in a wrongful removal, as defined in the Convention, in circumstances where the custodial parent moves with the child to a new jurisdiction.

While I concur with my colleague's interpretation and application of the Convention to the present set of circumstances, I nonetheless express some reservations as regards his view of the jurisdiction of the Manitoba courts to impose transitory measures pursuant to the CCEA for the return of the child to his habitual place of residence. I believe that the Manitoba courts have jurisdiction to make such transitory orders where they are necessary to protect the best interests of the child, provided, of course, that the purpose and terms of these orders do not hamper the objectives of the Convention and that the return of the child to the proper jurisdiction not be delayed to the point of frustrating the purpose of the Convention. In the circumstances of this case, Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal was, in my view, justified in adopting the following transitory order in her dissenting judgment:

1. interim custody of the child Matthew is granted to Mrs. Thomson; 2. Mr. Thomson's application to return Matthew to Scotland is stayed on the understanding that his application may be brought forward upon evidence that he consents to an order in Scotland allowing Mrs. Thomson interim custody; and 3. Mrs. Thomson is directed to commence her application for custody in Scotland within two months of this order and to proceed as expeditiously as possible.

((1993), 88 Man. R. (2d) 204, at p. 218.)

Helper J.A. adopted this order so as to protect the best interests of the child (Matthew), a concern which, as I will explain later, is central to both the Convention and the CCEA. She found that such an order was necessary because of the "chasing order" issued by the Scottish courts on February 3, 1993, after the appellant and Matthew had left Scotland. This "chasing order" provided the respondent with final custody of Matthew. How-

servation dans une ordonnance de garde permanente d'une disposition interdisant le déplacement du parent gardien ne signifie pas que le tribunal se réserve un droit de garde ni qu'en conséquence le déplacement soit illicite au sens de la Convention lorsque le parent gardien et l'enfant déménagent ailleurs.

Même si je suis d'accord avec la façon dont mon collègue interprète et applique la Convention aux faits de l'espèce, j'ai toutefois quelques réserves sur son opinion quant à la compétence des tribunaux du Manitoba d'imposer, conformément à la Loi, des mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. J'estime que les tribunaux du Manitoba sont habilités à rendre de telles ordonnances transitoires lorsqu'elles sont nécessaires pour protéger l'intérêt de l'enfant, pour autant, évidemment, que l'objet et les modalités des ordonnances n'entravent pas les objectifs de la Convention et que le retour de l'enfant dans la juridiction compétente ne soit pas retardé au point de contrecarrer ces objectifs. Étant donné les circonstances de l'espèce, le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba était, à mon avis, justifiée de formuler l'ordonnance transitoire suivante dans sa dissidence:

[TRADUCTION] 1. la garde provisoire de l'enfant Matthew est accordée à M<sup>me</sup> Thomson; 2. la demande de M. Thomson visant à ce que Matthew soit retourné en Écosse est suspendue à la condition que sa demande puisse être présentée sur preuve qu'il consent qu'une ordonnance en Écosse accorde la garde provisoire de l'enfant à M<sup>me</sup> Thomson, et 3. il est ordonné à M<sup>me</sup> Thomson d'introduire sa demande de garde en Écosse dans les deux mois suivant la présente ordonnance et d'agir aussi rapidement que possible.

((1993), 88 Man. R. (2d) 204, à la p. 218.)

Le juge Helper visait ainsi à protéger l'intérêt de l'enfant (Matthew), facteur qui, comme je l'expliquerai plus loin, est primordial dans la Convention et dans la Loi. Elle a conclu qu'une telle ordonnance était nécessaire en raison de l'«ordonnance de retour» (*chasing order*) qu'ont rendue les tribunaux écossais le 3 février 1993, après que l'appellante et son fils eurent quitté l'Écosse, laquelle accordait la garde permanente de Matthew à l'in-

ever, it was granted *ex parte* and it appears that in granting it the court did not consider the merits of the custody issue and in particular the best interests of the child. Helper J.A., commenting on this “chasing order” and the effect it could have upon Matthew’s return under the Convention, observed (at p. 217):

The effect of the June 28, 1993 order will be Matthew’s removal from his mother’s care immediately upon his return to Scotland. He will be placed with his father whom he has not seen since November 1992 and will be cared for by his paternal grandparents, now strangers to him. Two different courts have determined that Mrs. Thomson can best meet Matthew’s needs. The very real possibility exists that following a full custody hearing, the Scottish court will again return Matthew to his mother’s care, this time in the long term. He will again be forced to experience change. I am strongly of the view that the possibility of such a result ought to be avoided.

Faced with this situation, Helper J.A. adopted the transitory order described above so as to protect Matthew’s best interests, which after all, are of paramount importance according both to the preamble of the Convention and the Manitoba CCEA.

My colleague La Forest J. also acknowledges the difficult situation created by the “chasing order”, which, as he noted, was issued to bolster the respondent’s application under the Convention. To overcome this difficulty and to protect Matthew’s best interests, my colleague found it sufficient to rely on undertakings from the respondent father to the effect that Matthew would remain in his mother’s custody upon his return to Scotland. Commenting on the use of such undertakings, La Forest J. stated (at p. 599):

Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that “the authority concerned shall order the return of the child forthwith” can be complied with . . . and any short-term harm to the child is ameliorated.

However, while La Forest J. found that undertakings from the father were sufficient in this case to protect Matthew’s best interests, he noted that there might be some instances where undertakings

timé. Cette ordonnance ayant, cependant, été rendue *ex parte*, il appert que le tribunal n’a pas examiné au fond la question de la garde non plus que celle de l’intérêt de l’enfant. À ce sujet et considérant les conséquences que cette ordonnance pourrait avoir sur le retour de Matthew en vertu de la Convention, le juge Helper écrit (à la p. 217):

[TRADUCTION] L’ordonnance du 28 juin 1993 aura pour effet de retirer Matthew des soins de sa mère dès son retour en Écosse. Il sera remis à son père, qu’il n’a pas vu depuis novembre 1992, et ce sont ses grands-parents paternels, maintenant des étrangers pour lui, qui prendront soin de lui. Deux tribunaux ont déterminé que Mme Thomson était mieux en mesure de répondre aux besoins de Matthew. Il se peut fort bien qu’à la suite d’une audience de garde intégrale, le tribunal écossais retourne encore une fois Matthew aux soins de sa mère, cette fois à long terme. Il sera alors de nouveau soumis à un changement. Je suis fermement convaincue qu’un tel résultat est à éviter.

Devant cette possibilité, le juge Helper a formulé l’ordonnance transitoire décrite précédemment de façon à protéger les intérêts de Matthew, lesquels, après tout, revêtent une importance primordiale, tant selon le préambule de la Convention que selon la Loi du Manitoba.

Mon collègue le juge La Forest reconnaît d’ailleurs lui-même la situation difficile créée par l’«ordonnance de retour», qui, a-t-il fait remarquer, visait à appuyer la demande de l’intimé fondée sur la Convention. Pour surmonter cette difficulté et protéger les intérêts de Matthew, mon collègue a jugé suffisant de se fonder sur les engagements du père intimé portant que Matthew resterait sous la garde de sa mère à son retour en Écosse. Commentant l’utilité de tels engagements, le juge La Forest déclare (à la p. 599):

Grâce aux engagements, la condition prévue à l’art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l’autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant]», peut être respectée [. . .] et tout préjudice à court terme à l’enfant est atténué.

Si le juge La Forest a conclu que les engagements pris par le père étaient suffisants en l’espèce pour protéger les intérêts de Matthew, il a toutefois ajouté que, dans certains cas, il se pourrait que de

are incapable of doing so and that in such circumstances he would not rule out the possibility that "the time frame for return proposed by Helper J.A. might be justified under the Convention" (p. 605).

I, however, would go further than my colleague. Rather than merely leaving open the possibility that transitory measures may sometimes be justified under the Convention, I believe that the Manitoba courts do have jurisdiction to impose transitory measures under s. 6 CCEA in circumstances where such measures are necessary to protect the best interests of the child, do not depart from the spirit and purpose of the Convention, and do not overly delay the return of the child to the proper jurisdiction.

The facts of this case present a situation where, given the "chasing order" and the absence of undertakings by the father at the time of the previous hearings, transitory measures were appropriate. Specifically, in the circumstances of this case, the transitory order proposed by Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal was appropriate. However, in saying this, I want to make it clear that the delay in the return of Matthew under such a transitory order should be as short as possible. In the circumstances of this case, I believe Matthew's return has already been sufficiently delayed. Consequently, I agree with the majority that Matthew should now be returned immediately.

Finally, I do not share my colleague's view that transitory measures become unnecessary in the face of undertakings such as those offered in this case by Mr. Thomson through his solicitors. These undertakings, which my colleague has reproduced in his reasons, do not, in my view, preclude the Manitoba courts from imposing transitory measures where necessary when applying the Convention.

Given these premises, a discussion of the interplay between the CCEA and the Convention seems essential and will be at the forefront of my analysis.

tels engagements soient insuffisants et qu'alors, il n'écarterait pas la possibilité que «l'échéancier proposé pour le retour par le juge Helper puisse être justifié en vertu de la Convention» (p. 605).

J'irais cependant plus loin que mon collègue. Plutôt que de simplement laisser ouverte la possibilité que des mesures transitoires puissent être quelquefois justifiées sous le régime de la Convention, j'estime que les tribunaux du Manitoba sont effectivement compétents pour imposer des mesures transitoires en vertu de l'art. 6 de la Loi lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger l'intérêt de l'enfant, qu'elles ne dérogent pas à l'esprit et à l'objectif de la Convention, ni ne retardent excessivement le retour de l'enfant dans la juridiction compétente.

Étant donné l'«ordonnance de retour», l'absence d'engagements du père au moment où les audiences antérieures ont été tenues, de même que les faits en l'espèce, des mesures transitoires étaient appropriées. En particulier, dans les circonstances, l'ordonnance transitoire proposée par le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba était pertinente. Je tiens cependant à préciser que le retard dans le retour de Matthew qui pourrait être causé par une telle ordonnance transitoire devrait être aussi bref que possible. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, j'estime que le retour de Matthew a déjà été suffisamment retardé. Je conviens donc avec la majorité que Matthew devrait être retourné immédiatement.

Finalement, je ne peux convenir avec mon collègue que les mesures transitoires deviennent inutiles en présence d'engagements comme ceux qu'a pris M. Thomson en l'espèce par l'intermédiaire de ses procureurs. À mon avis, ces engagements, que mon collègue a reproduits dans ses motifs, n'empêchent pas les tribunaux du Manitoba d'imposer des mesures transitoires, s'ils le jugent nécessaire, lorsqu'ils appliquent la Convention.

Vu ces prémisses, une analyse de la corrélation entre la Loi et la Convention semble être essentielle et sera au premier plan de mon analyse.

The Implementation of the Convention

As my colleague has pointed out, the necessity of international agreements with regard to the abduction of children has been abundantly demonstrated particularly in recent years. The increase in rapid international transportation, the freer crossing of international boundaries, the continued decrease in documentation requirements when entering foreign jurisdictions, the increase in "international families", where parents are of different countries of origin, and the escalation of family break-ups world wide, all serve to multiply the number of international abductions. (Hague Conference on Private International Law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction* (1982), Preliminary Document No. 1 "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent", at pp. 18-19.) In turn, the effects of abduction are as numerous and varied as the causes. In the end, abduction may thwart a hearing of the custodial determination on the merits, children may suffer severe emotional consequences from the traumatic event of being whisked away to an unfamiliar location far from their usual circumstances and, further, if the international community does not act quickly and in a uniform manner, children may never be returned to their country of origin and their custodial parent.

It is with this concern in mind that, in 1976, Canada suggested at the Hague Conference on Private International Law that a solution to these problems be explored. Four years later, on October 25, 1980, the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* was signed.

Federal treaty-making power is found in s. 132 of the *Constitution Act, 1867* which provides that:

**132.** The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries.

La mise en œuvre de la Convention

Comme mon collègue l'a souligné, la nécessité de conclure des accords internationaux sur l'enlèvement d'enfants a été abondamment démontrée, particulièrement au cours des dernières années. La multiplication des transports rapides au niveau international, la possibilité accrue de franchir librement les frontières internationales, la diminution constante des pièces requises pour entrer dans un pays étranger, l'augmentation des «familles internationales», où les parents sont originaires de pays différents, et l'escalade de l'éclatement de la famille partout sur la planète, contribuent à multiplier le nombre d'enlèvements internationaux. (Conférence de la Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants* (1982), Document préliminaire n° 1 «Questionnaire et rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents», aux pp. 18 et 19.) Par ailleurs, les effets de l'enlèvement sont aussi nombreux et variés que leurs causes. L'enlèvement peut, en dernière analyse, contrecarrer l'audition au fond d'une demande de garde, les enfants risquent de subir les conséquences néfastes sur le plan émotif de l'expérience traumatisante d'être entraînés dans un milieu inconnu, loin de leur environnement habituel et, si la communauté internationale ne réagit pas rapidement et uniformément, les enfants risquent de n'être jamais retournés dans leur pays d'origine et au parent gardien.

C'est avec cette préoccupation en tête que, en 1976, le Canada a suggéré, lors de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, qu'une solution à ce phénomène soit envisagée. Quatre ans plus tard, le 25 octobre 1980, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye a été signée.

C'est l'art. 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui habilite le gouvernement fédéral à conclure des traités:

**132.** Le Parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers les obligations du Canada ou de l'une de ses provinces, à titre de partie de l'Empire britan-

arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

Although this provision makes it clear that the treaty-making power lies within federal jurisdiction, it has, nevertheless, been suggested that a concurrent provincial jurisdiction for treaty-making may exist for matters within provincial control. According to Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 283, however:

... it suffices to say that the provincial claim has never been accepted by the federal government, and the federal government does in fact exercise exclusive treaty-making powers.

Regardless of this exclusive jurisdiction, federal treaty-making power is, nonetheless, limited by the constitutional division of powers. As has long been set out in the *Labour Conventions Case (Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario)*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 348):

But in a State where the Legislature does not possess absolute authority, in a federal State where legislative authority is limited by a constitutional document, or is divided up between different Legislatures in accordance with the classes of subject-matter submitted for legislation, the problem is complex. The obligations imposed by treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures; and the executive have the task of obtaining the legislative assent not of the one Parliament to whom they may be responsible, but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation.

This complication is particularly apposite to the situation at hand and is expanded upon by Professor Hogg, *supra*, in the following passage at p. 294:

... the federal government cannot ensure the performance of treaties which require legislation within the legislative competence of the provinces.

This does not mean that Canada is always precluded from signing, ratifying or performing treaties upon subjects within the legislative competence of the provinces. The federal government can consult with the provinces

nique, découlant de traités conclus entre l'Empire et ces pays étrangers.

Même si, suivant cette disposition, il est clair que le pouvoir de conclure des traités relève du gouvernement fédéral, on a prétendu que les provinces pouvaient avoir une compétence concurrente de conclure des traités dans les domaines qui leur sont réservés. Toutefois, selon le professeur Hogg, dans *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 283:

[TRADUCTION] ... il suffit de dire que la prétention des provinces n'a jamais été acceptée par le gouvernement fédéral, et que celui-ci exerce en fait le pouvoir exclusif de conclure des traités.

En dépit de cette compétence exclusive, le pouvoir du gouvernement fédéral de conclure des traités est néanmoins restreint par le partage constitutionnel des pouvoirs. Comme on l'a depuis longtemps indiqué dans l'*Affaire des relations du travail (Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario)*, [1937] A.C. 326 (C.P.), à la p. 348):

[TRADUCTION] Mais dans un État où la législature ne possède pas d'autorité absolue, dans un État fédéral où l'autorité législative est circonscrite par un document constitutionnel, ou est partagée entre différentes législatures selon les catégories de sujets soumis aux législateurs, le problème est complexe. L'exécution des obligations imposées par un traité peut relever de plusieurs législatures et reste problématique; il appartient à l'Exécutif d'obtenir l'assentiment législatif non pas du seul Parlement envers lequel il peut se trouver responsable, mais peut-être de plusieurs parlements avec lesquels il n'a aucun rapport direct.

Dans le passage suivant de la p. 294, le professeur Hogg, *op. cit.*, se penche plus longuement sur cette complexité, particulièrement pertinente dans le présent cas:

[TRADUCTION] ... le gouvernement fédéral ne peut garantir l'exécution de traités qui requièrent l'adoption de lois relevant de la compétence législative des provinces.

Cela ne signifie pas que le Canada ne peut jamais conclure, ratifier ou exécuter des traités dans les domaines qui sont de la compétence des provinces. Le gouvernement fédéral peut consulter les provinces avant

before assuming treaty obligations which would require provincial implementation, and if all provinces (or all affected provinces) agree to implement a particular treaty, then Canada can adhere to the treaty without reservation.

d'assumer les obligations imposées par un traité qui nécessitent une mise en application par les provinces et, si toutes les provinces (ou toutes celles qui sont concernées) conviennent de mettre en application un traité donné, alors le Canada peut y adhérer sans restriction.

Thus, in light of the above, although the federal government had the necessary jurisdiction to sign the Convention, it remains within the jurisdiction of the individual provinces to implement the Convention. As my colleague has pointed out, New Brunswick, Nova Scotia, Saskatchewan and Alberta implemented the Convention by enacting legislation in line with the Uniform Act, a text agreed upon to implement the Convention in a uniform manner and which includes a provision that, in the event of conflict between the Convention and any other enactment, the Convention is to prevail (*International Child Abduction Act*, S.N.B. 1982, c. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, c. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, c. I-10.1; and *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, c. I-6.5). Approaching the matter somewhat differently, Quebec did not enact the Convention but, rather, implemented *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, S.Q. 1984, c. 12, which encompassed equivalent provisions. Finally, Manitoba, Ontario, British Columbia, Prince Edward Island and Newfoundland enacted the Convention through a more expansive provincial legislative scheme concerning civil aspects of child abduction (*The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360); *Children's Law Reform Amendment Act, 1982*, S.O. 1982, c. 20; *Family Relations Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 1985, c. 72, s. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17; and *The Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61). The Ontario, Prince Edward Island and Newfoundland Acts include provisions that provide that the Convention is to prevail in the event of a conflict between it and any other enactment. No such provision is included in the British Columbia and Manitoba Acts.

Ainsi, compte tenu de ce qui précède, bien que le gouvernement fédéral ait eu la compétence nécessaire pour conclure la Convention, il relève toutefois de la compétence de chaque province de la mettre en application. Comme mon collègue l'a noté, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan et l'Alberta ont mis en œuvre la Convention en adoptant une loi qui concorde avec la Loi uniforme, un texte convenu pour mettre la Convention en application de manière uniforme, et qui prévoit que, en cas de conflit entre la Convention et toute autre loi, la Convention doit prévaloir (*Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, ch. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1, et *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, ch. I-6.5). Optant pour une démarche quelque peu différente, le Québec n'a pas adopté la Convention; il a plutôt mis en œuvre la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.Q. 1984, ch. 12, dont les dispositions sont équivalentes. Enfin, le Manitoba, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve ont adopté la Convention dans un régime législatif provincial plus vaste régissant les aspects civils de l'enlèvement d'enfants (*The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, ch. 27 (maintenant la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360); *Children's Law Reform Amendment Act, 1982*, S.O. 1982, ch. 20; *Family Relations Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, ch. 8, mod. par S.B.C. 1985, ch. 72, art. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, ch. 17, et *The Children's Law Act*, S.N. 1988, ch. 61). Les lois de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve prévoient qu'en cas de conflit entre la Convention et tout autre texte législatif, la première prévaut. Les lois de la Colombie-Britannique et du Manitoba n'ont aucune disposition équivalente.

The potential for conflict arising out of the provincial implementation of federally negotiated treaties is a real possibility and has been discussed by Professor Vaughan Black in his article "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, at pp. 279-80, particularly with respect to the Convention:

The problem arises because in some cases two distinct statutory regimes present themselves as applicable. In the mid-1980s, all Canadian provinces and territories adopted legislation implementing the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This legislation was enacted on top of existing statutes dealing with matters of child custody. Those existing statutes typically had some provisions dealing with questions of territorial complexity. Specifically, the existing statutes contained provisions dealing with the questions of when the provinces' courts could and should take jurisdiction over a geographically complex custody case, and the related matter of the circumstances in which foreign custody orders should be accorded recognition. In some provinces... the Hague Convention is found in the same statute as the general custody provisions. In others, the Convention was enacted in a separate statute confined to the promulgation of that treaty. In either event — at least in those cases where the foreign country in question is a contracting state under the Convention — international custody cases appear to present the problem of two applicable statutes.

Accordingly, I now turn to an examination of the interplay between the Convention and the *CCEA*, a matter on which I reach a somewhat different conclusion than my colleague La Forest J.

#### Interplay between the Convention and the *CCEA*

This case raises the question of whether or not s. 6 *CCEA* provides the Manitoba courts with jurisdiction to make transitory orders in light of the best interests of the child when applying the Convention. Section 6 *CCEA* reads:

6. Upon application, a court,

(a) that is satisfied that a child had been wrongfully removed to or is being wrongfully retained in Manitoba; or

(b) that may not exercise jurisdiction under section 4,

Le risque de conflit découlant de la mise en œuvre par les provinces de traités négociés par le gouvernement fédéral existe réellement et a été analysé par le professeur Vaughan Black dans son article intitulé «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, aux pp. 279 et 280, particulièrement en ce qui concerne la Convention:

[TRADUCTION] Le problème réside dans le fait que, dans certains cas, deux régimes législatifs distincts sont applicables. Au milieu des années 1980, toutes les provinces et tous les territoires canadiens ont adopté une loi visant la mise en vigueur de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ces lois se sont ajoutées aux textes de loi qui existaient déjà en matière de garde d'enfant. Ces textes de loi contenaient généralement des dispositions sur des questions de complexité territoriale. Plus précisément, les lois existantes déterminaient les cas où les tribunaux provinciaux pouvaient et devaient assumer leur compétence à l'égard des affaires de garde complexes du point de vue géographique, et traitaient de la question connexe des circonstances dans lesquelles les ordonnances de garde étrangères devaient être reconnues. Dans certaines provinces [...] la Convention de La Haye se retrouve au côté de dispositions générales en matière de garde. Dans d'autres, la Convention a été adoptée dans une loi distincte se limitant à la promulgation du traité. Quoi qu'il en soit — du moins dans les affaires où le pays étranger en question est un État partie à la Convention — les affaires internationales de garde paraissent soulever le problème de deux lois applicables.

En conséquence, j'examinerai maintenant la corrélation entre la Convention et la Loi, une question sur laquelle je tire une conclusion quelque peu différente de celle de mon collègue le juge La Forest.

#### Corrélation entre la Convention et la Loi

Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si l'art. 6 de la Loi habilite les tribunaux manitobains, lorsqu'ils appliquent la Convention, à rendre des ordonnances transitoires dans l'intérêt de l'enfant. L'article 6 de la Loi porte:

6. Si le tribunal saisi de la demande:

a) ou bien conclut que l'enfant a été amené ou est retenu irrégulièrement au Manitoba;

b) ou bien ne peut statuer en application de l'article 4;

may do any one or more of the following:

(c) Make such interim custody order as the court considers is in the best interests of the child.

(d) Stay the application subject to,

(i) the condition that a party to the application promptly commence or proceed expeditiously with a similar proceeding before an extra-provincial tribunal, or

(ii) such other conditions as the court considers appropriate.

(e) Order a party to return the child to such place as the court considers appropriate and, in the discretion of the court, order payment of the cost of the reasonable travel and other expenses of the child and any parties to or witnesses at the hearing of the application. [Emphasis added.]

Articles 11 and 12 of the Convention read:

#### 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 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.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preced-

il peut:

c) rendre toute ordonnance de garde provisoire qu'il juge être au mieux des intérêts de l'enfant;

a d) suspendre l'audition de la demande sous réserve:

(i) soit de l'obligation faite à une partie d'intenter promptement la même procédure devant un tribunal extra-provincial ou d'y donner suite avec diligence,

(ii) soit de toute autre condition que le tribunal juge indiquée;

e) ordonner à une partie de renvoyer l'enfant au lieu que le tribunal juge indiqué et ordonner, à sa discrétion, le paiement des dépenses de voyage et autres dépenses raisonnables faites par l'enfant, par les autres parties ou par les témoins à l'audition de la demande. [Je souligne.]

d Les articles 11 et 12 de la Convention disposent:

#### 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'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à



ing paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child. [Emphasis added.]

It is pursuant to s. 6(c) CCEA that Davidson J. of the Manitoba Court of Queen's Bench made a four month interim custody order in favour of the appellant mother while, at the same time, ordering that the child be immediately returned to Scotland pursuant to the Convention.

On appeal, the Manitoba Court of Appeal did not dispute the court's jurisdiction to make a transitory order under s. 6 CCEA when considering an application for return under the Convention. It did, however, question whether one would be appropriate in the case at hand. Twaddle J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, held that s. 6 CCEA did not provide the court with a multitude of options but, rather, simply enabled the court to delay the return of the child until after a final determination of custody is made in circumstances where "the return of the child might be both unnecessary and unduly harmful to the child" (p. 211). Twaddle J.A. was not convinced, however, that there was a "sufficient likelihood of the Scottish court making a final decision without the boy's return as would justify a deferral of it" (p. 212). Consequently, he ordered that the child be returned to Scotland forthwith. With regard to the order of interim custody, he was of the view that such an order contradicted the goal of return "forthwith" and, thus, had the same effect as the stay and was therefore unjustified. He stated that where "an order [for interim custody] accompanies another [order] for the child's immediate return, it should not extend beyond the time reasonably required to arrange the return" (p. 212). Furthermore, he added that it should not "be worded in such a way as to suggest that it is intended to have

moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant. [Je souligne.]

C'est en vertu de l'al. 6c) de la Loi que le juge Davidson de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rendu une ordonnance de garde provisoire pour une période de quatre mois en faveur de la mère appelante, tout en ordonnant le retour immédiat de l'enfant en Écosse conformément à la Convention.

En appel, la Cour d'appel du Manitoba n'a pas contesté la compétence du tribunal de rendre une ordonnance transitoire en vertu de l'art. 6 de la Loi au moment d'étudier une demande de retour présentée dans le cadre de la Convention. Elle s'est toutefois demandée si une telle ordonnance serait appropriée en l'espèce. S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Twaddle a conclu que l'art. 6 de la Loi n'accordait pas au tribunal une multitude d'options, mais lui permettait seulement de retarder le retour de l'enfant jusqu'à ce que le droit de garde soit accordé définitivement dans les cas où [TRADUCTION] «il se pourrait que le retour de l'enfant soit inutile et lui soit excessivement préjudiciable» (p. 211). Le juge Twaddle n'était toutefois pas convaincu qu'il était [TRADUCTION] «suffisamment probable que le tribunal écossais rende une décision définitive sans le retour de l'enfant pour justifier sa remise à plus tard» (p. 212). Aussi a-t-il ordonné le retour immédiat de l'enfant en Écosse. Quant à l'ordonnance de garde provisoire, il était d'avis qu'elle allait à l'encontre du but recherché du retour «immédiat» et, partant, qu'elle avait le même effet que la suspension et était donc injustifiée. Il a déclaré que, lorsque [TRADUCTION] «une ordonnance [de garde provisoire] est assortie à une autre [ordonnance] pour le retour immédiat de l'enfant, elle ne devrait pas s'étendre au-delà du délai raisonnablement requis pour préparer le retour» (p. 212). Il a également ajouté qu'elle ne devrait pas être [TRADUCTION] «rédigée en des termes qui donnent à entendre

continued effect after the child's return to the foreign jurisdiction" (p. 212).

Helper J.A., differed from the majority, not so much with regard to the principles in determining the interrelation between the *CCEA* and the *Convention*, but rather, as to their application. She concluded that the court could and should temporarily stay the respondent's application for the return of the child to Scotland, pending the appellant's application for custody of the child in Scotland. In her view, the court was entitled to consider the best interests of the child and was empowered to make an interim order. She stated (at p. 215):

In giving effect to extra-provincial custody orders, courts must recognize that a possible by-product of the black letter application of the *Act* and the *Convention* is undue stress and, in some cases, actual trauma suffered by young children who have no voice in the courtroom. The corollary to the direction in the *Convention* that the signatories wish to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention is the reality that children must also be protected from harmful changes that are incomprehensible to them.

With regard to the interrelation between the *Convention* and the *CCEA*, she held (at p. 217):

The *Convention* and the *Act* must be read together. Each case must be decided on its own facts. The courts are charged with the grave responsibility of protecting young children when determining the appropriate remedy for applicants under the *Act* and the *Convention*.

She concluded that Davidson J. overlooked Matthew's short-term interests in ordering his immediate return to Scotland. She believed that the Scottish custody order would override Davidson J.'s interim order and that as a result Matthew would be removed from his mother's care and custody and placed in that of his father. In her view, the best method of protecting Matthew's best interests would be to stay the respondent's application for return until such time as custody proceedings had been disposed of on the merits in Scotland. In the alternative, she expressed a willingness to permit the application for return to be brought forward if

qu'elle est destinée à être maintenue après le retour de l'enfant dans le ressort étranger» (p. 212).

Le juge Helper n'a pas souscrit à l'opinion majoritaire, non pas tant en ce qui concerne les principes qui servent à définir la corrélation qui existe entre la *Loi* et la *Convention*, mais quant à leur application. Elle a conclu que le tribunal pouvait et devait surseoir temporairement à la demande de l'intimé pour le retour de l'enfant en Écosse jusqu'à ce que la demande de l'appelante visant à obtenir la garde de l'enfant soit tranchée en Écosse. À son avis, le tribunal pouvait considérer l'intérêt de l'enfant, et il était habilité à rendre une ordonnance provisoire. Elle a déclaré (à la p. 215):

[TRADUCTION] En appliquant les ordonnances de garde extra-provinciales, les tribunaux doivent tenir compte du fait que l'application stricte de la *Loi* et de la *Convention* risque de causer un stress excessif et, dans certains cas, un traumatisme véritable aux jeunes enfants qui n'ont aucune voix dans la salle d'audience. La *Convention* mentionne que les signataires souhaitent protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites. Il s'ensuit que, dans les faits, l'enfant doit également être protégé contre les changements nuisibles qu'il ne comprend pas.

En ce qui concerne la corrélation entre la *Convention* et la *Loi*, elle a statué (à la p. 217):

[TRADUCTION] La *Convention* et la *Loi* doivent être lues ensemble. Chaque cas doit être tranché en fonction de ses propres faits. Les tribunaux sont chargés de la mission importante de protéger les jeunes enfants lorsqu'ils déterminent la réparation adéquate pour les requérants en vertu de la *Loi* et de la *Convention*.

Elle a conclu que le juge Davidson n'avait pas tenu compte de l'intérêt à court terme de Matthew en ordonnant son retour immédiat en Écosse. À son avis, l'ordonnance de garde écossaise aurait préséance sur l'ordonnance provisoire rendue par le juge Davidson et, en conséquence, Matthew serait retiré des soins et de la garde de sa mère pour être remis à ceux de son père. Selon elle, le meilleur moyen de protéger l'intérêt de Matthew consistait donc à suspendre la demande de retour faite par l'intimé jusqu'à ce que les tribunaux écossais aient tranché la demande de garde au fond. Subsidiairement, elle s'est dite d'accord pour permettre que la

the respondent consented to the appellant having interim custody in Scotland.

As is apparent from this brief overview of the judgments below, an examination of the interaction and the potential conflict between the *CCEA* and the Convention is crucial to the determination of the questions in this appeal.

In response to this issue, two divergent approaches are taken by the Attorney General of Canada and the Attorney General for the province of Manitoba. On the one hand, the Attorney General of Manitoba submits that the Convention is implemented through the *CCEA* and must be interpreted in light of the statutory language of the *CCEA*. Such an interpretation should, where possible, avoid any conflict between the Convention and the *CCEA*. However, if a conflict is unavoidable, the *CCEA* should prevail. As a result, the Attorney General of Manitoba submits that s. 6 *CCEA* applies to applications, in Manitoba, under the Convention.

The Attorney General of Canada, on the other hand, submits that the *CCEA* and the Convention establish two independent schemes for the enforcement of foreign custody orders. Thus, to the extent that the claim falls under the Convention, interim orders could not be made under s. 6 *CCEA*.

My colleague La Forest J. appears to adopt the submissions of the Attorney General of Canada. At page 603, he states:

I think it advisable, however, to set forth my views on the interrelationship of the Convention and the other provisions of the Act in circumstances such as arose here. As I see it, those provisions and the Convention operate independently of one another. This result appears obvious when an application is made solely under the Convention or solely under the Act. One procedure may provide advantages that the other does not. When a particular procedure is chosen, however, it should operate independently of the other . . .

demande de retour soit entendue si l'intimé consentait à ce que l'appelante ait la garde provisoire en Écosse.

<sup>a</sup> Tel qu'il ressort de cette brève revue des décisions des tribunaux d'instance, l'analyse de la corrélation et du risque de conflit entre la Loi et la Convention est cruciale pour la détermination des questions qui se posent ici.

<sup>b</sup> En réponse à ces questions, le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba adoptent deux points de vue opposés. D'une part, le procureur général du Manitoba soutient que la Convention est mise en œuvre au moyen de la Loi et doit être interprétée à la lumière du libellé de cette dernière. Pareille interprétation devrait, dans la mesure du possible, éliminer tout conflit entre la Convention et la Loi. Toutefois, si un conflit est inévitable, la Loi devrait prévaloir. En conséquence, le procureur général du Manitoba fait valoir que l'art. 6 de la Loi s'applique aux demandes présentées au Manitoba en vertu de la Convention.

<sup>c</sup> Le procureur général du Canada, pour sa part, soutient que la Loi et la Convention créent deux régimes indépendants pour l'exécution des ordonnances de garde rendues par des tribunaux étrangers. Ainsi, dans la mesure où la demande relève de la Convention, aucune ordonnance provisoire ne pourrait être rendue en vertu de l'art. 6 de la Loi.

<sup>d</sup> Mon collègue le juge La Forest semble accepter les prétentions du procureur général du Canada. À la page 603, il dit:

<sup>e</sup> Je crois sage toutefois d'exprimer mon avis sur la corrélation qui existe entre la Convention et les autres dispositions de la Loi étant donné les circonstances de l'es-pèce. À mon avis, ces dispositions et celles de la Convention ont un effet indépendant les unes des autres. Ce résultat est évident lorsqu'une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi. Une procédure peut offrir des avantages que l'autre n'offre pas. Lorsqu'une procédure particulière est choisie, elle devrait toutefois s'appliquer indépendamment de l'autre.

With respect, I cannot agree. In my opinion, the CCEA and the Convention do not establish two independent regimes. Instead, since the Convention is implemented in Manitoba by means of the CCEA, the two must be read in concert. Of course, in doing so courts should attempt to arrive at an interpretation that, to the extent possible, gives full effect to the purpose of the Convention. This interpretive guideline has been described by P.-A. Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 308, as follows:

According to the Canadian constitutional system, both the federal Parliament and the provincial legislatures may enact statutes that contradict the country's international obligations. A statute is not void or inoperative simply because it violates international custom or convention. There is a presumption, however, that the legislature does not intend such a result. Given two possible interpretations, the one respecting a state's international obligations is to be favoured. [Emphasis added.]

#### The Provisions of the CCEA and the Convention

A review of the preamble of the Convention makes it clear that the best interests of the child are a paramount consideration:

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: [Emphasis added.]

While, as my colleague notes, the preamble refers to the best interests of children generally, and not to the best interests of any particular child, I cannot believe that the intention was to ignore the best interests of individual children.

Avec égards, je ne saurais être d'accord. À mon avis, la Loi et la Convention ne créent pas deux régimes indépendants. Au contraire, puisque la Convention est mise en application au Manitoba au moyen de la Loi, les deux textes doivent être lus conjointement. Évidemment, ce faisant, les tribunaux devraient tenter d'en arriver à une interprétation qui, dans la mesure du possible, donne plein effet à l'objectif de la Convention. Cette directive en matière d'interprétation a été décrite par P.-A. Côté dans *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 347, comme suit:

Dans notre régime constitutionnel, il est tout à fait loisible au Parlement ou à une législature d'édicter des textes législatifs inconciliables avec les engagements internationaux de l'État: une loi n'est pas nulle du simple fait qu'elle violerait une règle coutumière ou conventionnelle. Cependant, le législateur est censé ne pas vouloir légiférer d'une manière inconciliable avec des obligations internationales de l'État. Entre deux sens possibles d'une disposition, il faut préférer celui qui est conforme à ces engagements. [Je souligne.]

#### Les dispositions de la Loi et de la Convention

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

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: [Je souligne.]

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

Regardless, what is clear is that the Convention intends to protect the best interests of children by providing for their prompt return if they are taken from their state of residence in breach of custody rights. To this end, the Convention precludes an investigation by the haven state into the merits of the claim as to rights of custody. A. E. Anton, the Chair of the Commission which drafted the Convention, in "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, at p. 543, comments on the drafters' intent:

The Commission started from the assumption that the abduction of a child will generally be prejudicial to its welfare. It followed that, when a child has been abducted from one country to another, international mechanisms should be available to secure its return either voluntarily or through court proceedings.

As I already noted, in my opinion the Convention and the *CCEA* through which it is implemented in Manitoba must be read in concert, each informing the interpretation of the other. In Manitoba, the two do not establish independent regimes. This interpretive approach is simplified by the fact that both are premised on the best interests of the child. The *CCEA* simply expands upon the Convention by providing an additional mechanism to act in accordance with the best interests of the child. This mechanism does not conflict with the provision of prompt return under the Convention. It cannot be contrary to the objectives of the Convention to provide transitory measures in order to protect the child from the harmful effects of separation from the removing parent. Both returning the child and providing for transitory measures act to further the child's best interests. This is particularly apposite in situations such as this one where it is the parent who has custody of the child, here a very young child, who removes the child from the jurisdiction.

In addition, as the Attorney General of Manitoba suggests, this expansion of the transitory role of courts, pursuant to the *CCEA*, when enforcing the Convention, was clearly in accordance with the

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

[TRADUCTION] La Commission a présumé que l'enlèvement d'un enfant sera en général préjudiciable à son bien-être. Il s'ensuit que, lorsqu'un enfant a été emmené hors d'un pays, les mécanismes internationaux devraient être mis en branle afin qu'il soit retourné volontairement ou par voie de recours judiciaires.

Comme je l'ai remarqué précédemment, j'estime que la Convention et la Loi qui la met en application au Manitoba doivent être lues conjointement, chacune d'elles permettant d'interpréter l'autre. Au Manitoba, les deux textes ne créent pas des régimes indépendants. Cette méthode d'interprétation est simplifiée par le fait que les deux ont pour fondement l'intérêt de l'enfant. La Loi élargit simplement la Convention en prévoyant un mécanisme supplémentaire permettant d'agir dans l'intérêt de l'enfant. Ce mécanisme n'entre pas en conflit avec la disposition de la Convention qui prévoit le retour immédiat. Il ne saurait, en effet, être contraire aux objectifs de la Convention de prévoir des mesures transitoires en vue de protéger l'enfant contre les effets préjudiciables d'une séparation du parent qui l'a déplacé. Le fait de retourner l'enfant et l'établissement de mesures transitoires permettent tous deux de favoriser l'intérêt de l'enfant. Cela est particulièrement à propos dans les situations comme le cas présent, où c'est le parent qui a la garde de l'enfant, en l'occurrence un très jeune enfant, qui l'amène hors de la juridiction compétente.

Par ailleurs, comme le procureur général du Manitoba l'indique, cet élargissement du rôle transitoire des tribunaux lorsqu'ils appliquent la Convention, conformément à la Loi, correspondait cer-

framers' intent. For, while some provinces chose simply to implement the Convention, Manitoba chose to expand upon its provisions, or, to use the language of my colleague, to provide "enforcement provisions looser than those of the Convention" (p. 602 (emphasis in original)). This intention is clear from the comments of then Attorney General Roland Penner in response to questions with regard to the interrelation between the CCEA and the Convention:

With respect to the point made about conflict between the Act and the Convention, it is my impression — I'll put this as a question — is it not the case, in both of the examples used by you, Mr. Riley, that in fact the bill that we're proposing gives greater protection and that the Convention is a minimum? What we're doing is going beyond the Convention in both those instances.

I don't think that there is that potential for conflict. It is always possible of course that there is some conflict that may be perceived between one section of an Act and another, but then that falls to be decided by the ordinary rules of statutory interpretation. However, we'll monitor the situation. It was the intention of this bill not to restrict, but to enlarge the protective mechanisms of the Convention and I think substantially that will happen. [Emphasis added.]

(Legislative Assembly of Manitoba, Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX No. 6, June 28, 1982, at p. 101.)

Both the wording of the Convention and the CCEA provide support for the complementary interpretation of the two. First, the precise wording of s. 6 CCEA adopts the same terminology as that of the Convention by making reference to the wrongful removal and retention of the child, thus stressing the fact that the court's jurisdiction to make transitory orders pursuant to s. 6 is to be available regardless of whether the Convention is applicable.

In addition, the wording of the Convention itself provides support for the complementary interpretation of the CCEA and the Convention and for the

tes à l'intention des rédacteurs. En effet, bien que certaines provinces aient simplement choisi de mettre la Convention en œuvre, le Manitoba a choisi d'élargir ses dispositions ou, pour reprendre les propos de mon collègue, d'adopter des «dispositions plus généreuses que celles de la Convention» (p. 602 (souligné dans l'original)). Cette intention ressort clairement des commentaires du procureur général de l'époque, Roland Penner, qui répondaient à des questions portant sur la corrélation entre la Loi et la Convention:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du point soulevé concernant le conflit entre la Loi et la Convention, j'ai l'impression — je la formulerai sous forme de question — n'est-ce-pas que, en fait, dans les deux exemples que vous utilisez, M. Riley, le projet de loi que nous proposons accorde une plus grande protection et que la Convention est un minimum? Nous allons plus loin que la Convention dans les deux cas.

Je ne crois pas que ce risque de conflit existe. Il se peut toujours, naturellement, que l'on puisse percevoir un conflit entre deux articles de la Loi, mais il faut alors le trancher selon les règles ordinaires de l'interprétation des lois. Cependant, nous surveillerons la situation. Le projet de loi ne vise pas à restreindre mais plutôt à élargir les mécanismes de la Convention et je crois que, pour l'essentiel, c'est ce qui se produira. [Je souligne.]

(Assemblée législative du Manitoba, Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX n° 6, 28 juin 1982, à la p. 101.)

Tant le libellé de la Convention que celui de la Loi permettent de conclure que les deux textes doivent être interprétés conjointement. D'une part, le libellé explicite de l'art. 6 de la Loi adopte la même terminologie que la Convention lorsqu'il renvoie, dans le texte anglais, à l'enfant «*wrongfully removed*» ou «*wrongfully retained*», faisant ainsi ressortir le fait que la compétence du tribunal pour rendre des ordonnances transitoires conformément à l'art. 6 doit pouvoir être exercée, peu importe que la Convention s'applique ou non.

En outre, le libellé même de la Convention permet de conclure que la Loi et la Convention doivent être interprétées conjointement et que les

conclusion that there is no conflict between the two. Article 12 of the Convention buttresses this dialectic and flexible approach in so far as it provides that, when a child has been in the haven jurisdiction for over a year and has settled into the new environment, it may not be in the child's best interest to be returned to the state of origin, given the time elapsed since the abduction. This exception brings into focus the fact that the aim of the Convention is the protection of the interests of children and is particularly important given that this accommodating measure is found within the same section which emphasizes return "forthwith".

Article 12 recognizes that the interests of children may differ from case to case and is therefore consistent with an interpretation of the interplay between the Convention and the *CCEA* which acknowledges that, in some situations, immediate return without transitory measures will not be in the best interests of the child. The emphasis placed upon prompt return in the Convention must be interpreted in light of the paramount objective of the best interests of children and in light of the express wording of the *CCEA* through which the Convention was enacted in Manitoba, and should not mean return without regard for the immediate needs or circumstances of the child. Although, no doubt, the quick return of a child wrongly removed is critical, a slight delay occasioned by a transitory order made in the best interests of the child can be justifiable under the Convention if the circumstances of the case so indicate.

As well, Article 11 of the Convention, which states that an explanation may be requested for a delay of over six weeks in the return of the child, is consistent with my interpretation of the interplay between the *CCEA* and the Convention in that it supports the view that the return of the child cannot be expected to be immediate but only that it must be timely and proceed as quickly as practical.

Having examined the interrelationship between the *CCEA* and the Convention, I find it impossible to agree with my colleague La Forest J. that the *CCEA* and the Convention establish two separate

deux n'entrent pas en conflit. L'article 12 de la Convention étaye cette conception dialectique et flexible en ce qu'il prévoit que, lorsque l'enfant a été dans le pays de refuge pendant une période d'au moins un an et qu'il s'est intégré à son nouveau milieu, il pourrait ne pas être dans son intérêt de le retourner dans son pays d'origine étant donné le temps écoulé depuis l'enlèvement. Cette exception montre bien que la Convention vise à protéger l'intérêt de l'enfant et elle est particulièrement importante, car cette mesure d'accommodation est prévue dans l'article même qui met l'accent sur le retour «immédiat» de l'enfant.

L'article 12 reconnaît que l'intérêt des enfants peut varier d'un cas à l'autre et est donc conforme à une interprétation qui admet la corrélation entre la Convention et la Loi et qui accepte que, dans certains cas, le retour immédiat, sans mesures transitoires, ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant. L'importance accordée dans la Convention au retour immédiat doit être interprétée à la lumière de l'objectif primordial, l'intérêt des enfants, et du libellé explicite de la Loi, au moyen de laquelle la Convention a été adoptée au Manitoba, et ne devrait pas entraîner un retour qui ne tienne pas compte des besoins immédiats ou de la situation de l'enfant. Bien que le retour rapide de l'enfant déplacé illicitement soit sans aucun doute critique, un bref délai engendré par une ordonnance transitoire rendue dans l'intérêt de l'enfant peut être justifié sous le régime de la Convention si les circonstances de l'affaire le commandent.

De même, l'art. 11 de la Convention, qui prescrit qu'une explication peut être demandée sur les raisons d'un retard de plus de six semaines dans le retour de l'enfant, est conforme à mon interprétation qu'il existe une corrélation entre la Loi et la Convention en ce qu'il appuie la conclusion selon laquelle on ne peut s'attendre à ce que le retour de l'enfant soit immédiat, mais seulement qu'il doit être prompt et se faire aussi rapidement que possible.

Après avoir analysé la corrélation entre la Loi et la Convention, je ne puis convenir avec mon collègue le juge La Forest que la Loi et la Convention créent des régimes distincts et que la compétence