

Cour Supérieure

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : 500-04-037577-047
DATE : 15 décembre 2004
DATE D'AUDITION : 7 décembre 2004
EN PRÉSENCE DE : Marie Gaudreau, J.C.S

P. (L.Y.)
Demandeur
c.
E. (M.)
Défenderesse
et
Procureur général du Québec
Mis en cause

Gaudreau J.C.S :-

Les faits

1 Le demandeur, L... Y... P..., ci-après appelé «le père», présente une requête en vue du retour immédiat (selon les articles 18, 19 et 39 de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et inter-provincial d'enfants*, L.R.Q. Ch. A-23.01), ci-après appelée «la Loi», de trois enfants, S1... qui aura 8 ans le [...], S2..., 4 ans et S3..., 1 1/2 an. Sa requête, telle que rédigée, est soutenue par le Procureur général du Québec.

2 La requête est contestée verbalement par M... E..., ci-après appelée «la mère».

3 Les parties se sont mariées à Montréal le 13 mars 1996. La mère est actuellement âgée de 28 ans et le père, 37 ans.

4 La mère est née en Israël et le père, au Maroc. Quelques jours après leur mariage, les parties sont déménagées aux États-Unis dans l'état de la Californie. Les parents des deux parties vivent à Montréal.

5 Les parties se sont séparées à la fin février, début mars 2004. Le père est alors allé vivre chez son cousin qui est son voisin, puis il a pris son propre appartement (l'original du bail est déposé sous la cote P-18).

6 La séparation est survenue dans les faits quelque temps après la visite de la grand-mère paternelle qui est venue passer un mois en Californie, voir ses trois petits-enfants du 17 janvier au 17 février 2004.

7 En décembre 2003, le père est engagé pour jouer à titre de musicien au Festival [...] où il doit se produire au début de juillet 2004. Le père se déclare également enseignant religieux et intervenant auprès d'une famille dysfonctionnelle.

8 Quant à la mère, elle ne travaille pas et elle bénéficiait pendant la vie commune des services d'une domestique à la maison, tous les jours.

9 Relativement à leur problème de couple, les parties admettent avoir consulté une thérapeute au mois de mai 2004. En présence de cette professionnelle, elles ont convenu de la contribution financière du père, pendant le séjour à Montréal de la famille à l'été 2004.

10 Bien que vivant séparés de fait, les parents et les trois enfants partent ensemble de Los Angeles le 30 juin 2004 à destination de Montréal. Le père revient seul, tel que convenu, le 16 juillet 2004 et le retour de la mère et des trois enfants de Montréal à Los Angeles est prévu pour le 29 juillet 2004¹.

11 Air Canada a confirmé par lettre au Tribunal que ce sont des billets d'avion fermés qui expiraient le 29 juillet 2004².

12 Dans les faits, le père est retourné en Californie le 16 juillet 2004 mais la mère n'est pas retournée avec les enfants le 29 juillet 2004.

13 La mère intente à Montréal une première requête introductive d'instance en séparation de corps³, datée du 17 août 2004, signée le 30 août 2004 et qu'elle amendera le 1er novembre 2004 (P-6 en liasse). Cette requête a fait, par ailleurs, l'objet d'une permission pour mode spécial de signification qui fut accordée le 9 septembre 2004.

14 Le 18 octobre 2004, une ordonnance de sauvegarde par défaut est rendue⁴, dans le dossier de séparation de corps, confiant à la mère jusqu'au 22 novembre 2004 la garde des trois enfants ainsi qu'une pension alimentaire de 400 \$ par mois pour elle-même. Les droits de la mère de demander une pension alimentaire pour les trois enfants mineurs sont réservés.

15 Le 4 novembre 2004, alors que le père est présent sans avocat, une deuxième ordonnance de sauvegarde est rendue⁵, accordant au père des droits d'accès tous les jours entre 18 heures et 20 heures au domicile de la mère, selon l'engagement de la mère à cet effet. Il offre alors un montant de 1 200 \$⁶ et le Tribunal lui ordonne de payer 1 000 \$ à titre d'avance sur la pension alimentaire des enfants.

16 Il est emprisonné dans la nuit du 4 au 5 décembre 2004 sans qu'il n'ait pu voir ses enfants.

17 Dans les délais légaux, il comparaît le 10 novembre 2004 par l'entremise de ses avocats actuels et fait signifier la présente requête le 11 novembre 2004.

18 Le 12 novembre 2004, l'Honorable Paul Chaput prononce une ordonnance de sauvegarde sur la requête du père en vue du retour immédiat et ordonne le dépôt des passeports des trois enfants. Cette ordonnance interdit à la mère de sortir les enfants du Québec, sans autorisation de la Cour. Elle est reconduite le 22 novembre 2004 pour valoir jusqu'au 10 décembre 2004.

19 La demande en divorce du père actuellement pendante devant le Tribunal de Los Angeles est datée du 17 novembre 2004⁷.

20 Le 18 novembre 2004, une conférence préparatoire est tenue entre les avocats au dossier, devant l'honorable juge en chef adjoint, André Deslongchamps et le procès est fixé sur la requête du père à compter du 7 décembre 2004.

21 Le père a accès à ses enfants pour une première fois à Montréal le 29 octobre 2004, le jour de son anniversaire pour le week-end et il repart pour Los Angeles le 15 novembre 2004. Il est au Québec depuis le 3 décembre 2004 et il réside temporairement chez sa mère.

Admissions

22 Les parties ont convenu des admissions suivantes⁸:

- Les États-Unis et le Canada sont signataires de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants;
- Il n'y a aucune ordonnance judiciaire quant à la garde des trois enfants, les parties exerçant avant le non-retour une garde conjointe, selon les dispositions applicables de la Loi californienne;
- Le lieu de résidence habituelle des enfants est à Los Angeles, États-Unis;
- Les parties admettent que la date d'arrivée des enfants au Canada est le 30 juin 2004.

Prétentions des parties

23 Le père prétend que la mère ne l'a jamais avisé de son intention de demeurer dans la Province de Québec, préalablement à son non-retour avec les enfants. Il s'oppose catégoriquement à ce que ses trois enfants demeurent avec la mère dans la Province de Québec et requiert qu'ils soient retournés dans leur lieu de résidence habituelle, soit l'état de la Californie, États-Unis.

24 La mère invoque trois moyens de défense afin de s'opposer catégoriquement au retour des enfants à leur lieu de résidence habituelle:

1. Ille prétend qu'elle exerçait *de facto* la garde des enfants des parties depuis leur séparation, au sens de l'article 21(1) de la Loi;
2. Elle prétend que le père a consenti avant son arrivée à Montréal et par la suite, a acquiescé après son retour seul en Californie à ce que les enfants restent à Montréal;
3. Elle invoque un risque grave au sens de l'article 21(2) de la Loi. Cet article se lit ainsi: **21.** La Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque celui qui s'oppose à son retour établit:
 - 1 que celui qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou
 - 2 qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable.

25 Il est important de résumer les éléments de fait attachés à chacune de ces exceptions à l'application de la Loi car les moyens de défense évoqués ont évolué pendant l'audition.

26 En effet, pendant l'audition, la mère a ajouté comme moyen de défense l'acquiescement postérieur du père et le risque que les enfants courent s'ils retournent aux États-Unis avec leur père, lequel serait incapable de leur donner leur bain, de s'en occuper, de faire leurs devoirs, etc.

1) Garde De Facto

27 La mère prétend que depuis la séparation des parties, elle s'occupait seule des trois enfants mineurs, n'ayant plus les services de la domestique. Elle soutient que le père se présentait au domicile le soir deux à trois fois par semaine, pour jouer un peu avec les enfants et qu'il repartait. Elle précise qu'il ne les voyait pas les fins de semaine et qu'elle exerçait donc une garde «*de facto*».

2) Consentement / Acquiescement postérieur au non-retour

28 La mère prétend que le père était consentant à ce que les enfants se rendent à Montréal, qu'il était au courant de son intention de ne pas revenir à Montréal et que les dates de retour sur son billet d'avion ainsi que ceux des enfants ont été choisies pour faire croire aux parents de la mère, à une possibilité de réconciliation entre les parties. En début d'audition, elle soumet qu'il s'agissait de toute façon de billets ouverts pour un an.

3) Risque grave

29 La mère indique son refus catégorique de retourner en Californie sous quelque condition que ce soit et elle plaide qu'ayant un lien d'attachement particulier avec ses trois enfants mineurs, ces derniers ne peuvent, par conséquent, quitter seuls avec leur père.

30 Elle craint que les enfants puissent *voir des choses qui se passent à la maison*, c'est-à-dire, consommation et trafic de drogues par le père à la maison, mauvais exemple provenant de l'entourage du père qui serait donné aux enfants lorsqu'ils grandiront.

31 Elle témoigne à l'effet que l'aîné, S1..., n'a pas eu de vaccins avant l'âge de trois ans ni de soins dentaires adéquats lorsqu'il était plus jeune.

32 Elle invoque l'abus physique et sexuel dont elle aurait été victime par le rabbin D..., cousin de son mari, dont les propres enfants, dit-elle, sont négligés. Elle craint que les enfants soient délaissés dès leur arrivée.

Analyse et discussion

33 Le Tribunal rappelle que:

Au sujet des exceptions il convient de rappeler qu'elles doivent être interprétées restrictivement «si l'on veut éviter que la convention devienne lettre morte» ...; d'ailleurs, les exceptions visées par la Convention et la Loi ne sont pas d'application automatique puisqu'il revient au juge de décider, ultimement, d'ordonner ou de refuser le retour des enfants.⁹

34 La mère prétend que le père a acquiescé au non-retour des trois enfants mineurs.

35 Le père soutient que tel n'est pas le cas pour ces motifs:

- Les billets d'avion indiquent clairement une date de retour prévue pour la mère et les trois enfants;
- Il est venu à Montréal pour jouer au Festival [...] accompagné de sa femme et de ses trois enfants, lesquels vivaient chez la mère de Madame pendant le séjour à Montréal;
- Lorsqu'il est reparti le 16 juillet 2004, aucune mention ne lui a été faite de l'intention de la mère. Au contraire, elle l'a appelé le 20 juillet 2004 pour lui dire qu'elle ne reviendrait pas aux États-Unis en Californie;
- Le père a dit à la mère qu'il pourrait l'accuser de kidnapping: c'est ce que l'avocat de la mère rapporte devant le Tribunal, le 18 octobre 2004¹⁰.

36 Sur cette base, l'avocat de la mère fait les représentations devant le Tribunal le 18 octobre 2004, afin d'obtenir la garde des trois enfants mineurs. Or, la Cour d'appel a déjà statué que:

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

15 En conclusion, nous pouvons affirmer que le problème dont s'occupe la Convention - avec tout ce qu'implique de dramatique le fait qu'il concerne directement la protection de l'enfance dans les relations internationales - prend toute son acuité juridique par la possibilité qu'ont les particuliers d'établir des liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire. En effet, par ce biais, le particulier peut altérer la loi applicable et obtenir une décision judiciaire qui lui soit favorable. Certes, une telle décision, surtout quand elle coexiste avec d'autres décisions de contenu contradictoire rendues par d'autres fors, aura une validité géographiquement restreinte, mais en tout état de cause elle apportera un titre juridique suffisant pour «légaliser» une situation de fait qu'aucun des systèmes juridiques en présence ne souhaitait.

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

16 Les objectifs de la Convention, qui apparaissent dans l'article premier, pourraient être résumés comme suit: étant donné qu'un facteur caractéristique des situations considérées réside dans le fait que l'enleveur prétend que son action soit légalisée par les autorités compétentes de l'Etat de refuge, un moyen efficace de le dissuader est que ses actions se voient privées de toute conséquence pratique et juridique. Pour y parvenir, la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du statu quo, moyennant le «retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant». Les difficultés insurmontables rencontrées pour fixer conventionnellement des critères de compétence directe en la matière ont en effet conduit au choix de cette voie qui, bien que détournée, va, dans la plupart des cas, permettre que la décision finale sur la garde soit prise par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement.¹¹

37 Le père a témoigné de façon précise et détaillée de son implication au quotidien auprès des enfants avant et depuis la séparation de fait des parties, tant pour le transport à l'école, leurs activités scolaires et les devoirs. Son témoignage est corroboré par son cousin, Me... El..., fils du rabbin D... ainsi que par sa mère, A... O... P... et par les photos (P-19 et D-6, no. 3).

38 A tout événement, l'argument de la rupture avec le lien maternel ne peut être retenu car la preuve ne permet pas de conclure que la mère ne peut retourner en Californie de façon insurmontable et ce, pour la courte période de temps nécessaire aux Tribunaux de cet état pour décider de la garde de l'enfant:

24. In any event, even if Respondent could not accompany L... La... back to Hawaii, I would still be of the view that her return to the care of her father, for the relatively short period of time necessary for the custody issue to be decided, would not amount to placing her in an intolerable situation.¹²

39 Il faut tenir compte de la répartition du temps et des tâches entre les parents dans la détermination de la garde effective:

Ce qui doit être «*effectif*», c'est que les deux parents s'occupent de l'enfant à son moment et à sa façon, suivant ce qui est prévu entre eux¹³.

40 Au même effet:

The question in our immediate case would then be: «was Mr. Friedrich's single visit with Thomas and plans for future visits with Thomas sufficient exercise of custodial rights for us to justify calling the removal of Thomas wrongful?» One might even approach a distinction between the exercise of «custody» rights and the exercise of «access» or «visitation» rights. [FN3] If Mr. Friedrich, who has de jure custody, was not exercising sufficient de facto custody, Thomas's removal would not be wrongful.

We think it unwise to attempt any such project. Enforcement of the Convention should not to be made dependent on the creation of a common law definition of «exercise». The only acceptable solution, in the absence of a ruling from a court in the country of habitual residence, is to liberally find «exercise» whenever a parent with de jure custody rights keeps, or seeks to keep, any sort of regular contact with his or her child.¹⁴

[Je souligne]

41 Le père explique que son beau-père lui a conseillé d'être patient, de lui donner du temps pour qu'elle entende raison, ce qui est corroboré par M. Al... E..., lors de son témoignage le 13 décembre 2004.

42 Le père s'est exprimé ainsi devant le Tribunal le 4 novembre 2004:

Maintenant, au niveau de la lettre, je n'ai aucune nouvelle, ça fait des mois, de ma femme et de mes enfants. J'appelle mon beau-père. Mon beau-père, il me dit: «Ta femme, elle a perdu complètement confiance en toi. Elle croit que si elle retourne à Los Angeles, elle va être prise dans la rue, elle n'aura rien.» J'ai fait: «Mais non, ce n'est pas possible. C'est ma femme, c'est mes enfants.»

La maison, comme elle est, la maison qu'on a, tous les frais de la maison qu'on a, où on habite, les deux (2), bien, je continuerai à les payer. C'est un acte de *désespération*. Si elle m'aurait demandé dix millions de dollars (10 000 000 \$), j'aurais dit: «Oui, dix millions (10 000 000), tant que tu reviennes à Los Angeles, qu'on puisse se parler, qu'on puisse voir les enfants, qu'on puisse les élever ensemble.»¹⁵

43 Le père a témoigné qu'en thérapie, il avait été convenu de la durée du séjour, du temps d'accès de chacun des grands-parents maternels et paternels auprès de leurs trois petits-enfants mineurs et de la contribution financière qu'il devait fournir à la mère, soit un montant de 1 000 \$ pour la durée du séjour, ce qu'il fit. La mère nie que la durée du séjour ait été abordée en thérapie.

44 Le père nie tout risque grave pour les enfants, n'ayant jamais entendu parler d'abus sexuel et physique dont aurait été victime sa femme.

45 Il admet fumer de la marijuana de temps en temps, mais non en présence des enfants et il nie de façon catégorique tout trafic de drogue de quelque substance que ce soit.

46 Il offre de raccompagner les enfants de Montréal à Los Angeles et de résider avec leur mère dans la maison qu'ils occupaient avant leur non-retour. Il dit être prêt à fournir une contribution financière et à obtenir une audition rapide en Californie sur sa procédure et donner mandat clair en ce sens à ses avocats d'agir.

47 Le témoignage de la mère est truffé de *contradictions*:

- Elle affirme vouloir rester au Québec, que tel est son désir depuis le début de sa vie commune;
- Appelée comme premier témoin le premier jour d'audition par l'avocat du père, elle mentionne que son père, Monsieur Al... E..., est au courant de son intention de s'établir au Québec. Elle témoigne pourtant que malgré la crainte de son conjoint, elle ne s'est confiée à personne avant de rencontrer un psychanalyste le 11 novembre 2004;
- Son père, M. Al... E..., a confirmé qu'effectivement, elle lui aurait confié en mars 2004 son intention de s'établir à Montréal et il mentionne qu'il était alors au courant des prétendus abus. Cependant, en juillet 2004, alors qu'elle est à Montréal, elle se rend avec son père et sa conjointe aux douanes américaines (Champlain) pour obtenir un document R-2, c'est-à-dire un visa religieux pour elle à titre de conjointe. En contre-interrogatoire, elle répond qu'elle a obtenu ce document R-2 afin de pouvoir aller aux États-Unis visiter Lo... (surnom de L... Y... P...) à l'occasion;
- Elle a pourtant déclaré au paragraphe 23 de la requête introductive amendée en séparation de corps: «Lors de sa visite à Montréal le 30 juin 2004, la demanderesse a pu discuter de ses problèmes avec sa famille et elle a décidé de rester à Montréal et de ne pas retourner en Californie»;

- Elle témoigne à l'effet qu'elle est si inquiète pour ses enfants qu'elle ne laisserait jamais les enfants seuls avec leur père pour un mois en Californie, alors que c'est exactement ce qu'elle offre dans sa première requête datée du 17 août 2004 et dans celle amendée du 1^{er} novembre 2004;
- Lors de son interrogatoire par l'avocat du père, elle ne fait aucunement état de la dangerosité du quartier où elle vivait avec les enfants. Lorsqu'elle est interrogée par son avocat, elle relate que ce quartier est le théâtre de meurtres, qu'il y a des trous de balle dans les murs chez elle, que des ivrognes traînent, etc.
- A tout événement, le Tribunal considère que si tel était le cas, il n'était pas nécessaire de changer de pays mais simplement de quartier ou de trouver refuge dans un centre pour personnes en difficulté;
- Elle témoigne à l'effet que le père est incapable de s'occuper des enfants. Or, les enfants passent deux fins de semaine complètes à Montréal, pendant l'instance, avec leur père;
- Elle répète que sa décision de venir vivre au Québec a été prise lors de la séparation. Pourtant, en quittant la Californie avec son mari et les trois enfants, le 30 juin 2004, elle ne prend que le minimum, une petite valise pour elle, dit-elle, et deux pour les trois enfants;
- Elle se dit inquiète pour les enfants alors qu'il n'y a aucun reproche adressé au père dans les procédures en séparation, concernant les enfants;
- Elle est très évasive et non crédible sur le supposé trafic de drogue. Aucune preuve précise n'est apportée;
- Contre-interrogée, elle reconnaît qu'en dépit de la manipulation dont elle aurait pu être l'objet dès le début de son mariage, l'influence religieuse de son entourage, voire même la soumission dont elle était victime, c'était son désir de revenir vivre à Montréal, coûte que coûte, alors qu'elle a eu l'occasion à deux reprises de rester à Montréal lorsqu'elle y est venue seule en 1998 et en 2001;
- Elle ne dépose en preuve que la dernière page de la lettre **P-14** écrite par son mari et qui est le fruit d'une mûre réflexion. Cette dernière page ne concerne que les aspects financiers et elle reflète les dispositions qu'il entend prendre pour assurer à sa famille le bien-être matériel de vie en Californie;
- Elle n'a pas donné sa véritable adresse dans ses procédures en séparation;
- La mère prétend que le statut de la famille aux États-Unis est illégal. Elle soumet qu'elle a souvent dit à son mari: «si nous ne revenons pas vivre à Montréal, je te dénonce à l'Immigration.»

48 Dans une affaire analogue survenue en Nouvelle-Zélande, il a été décidé ainsi par la Cour d'appel (High Court at Wellington (Nouvelle-Zélande), quant à l'incidence du statut à l'Immigration sur la qualification de la résidence habituelle:

It is also accepted by Ms Gray that the removal from the United States was in breach of Mr Hayward's rights of custody. Although there is no dispute over this latter point, it is appropriate to record that there is expert affidavit evidence available from Mr William M. Hilton, an attorney of Santa Clara, California, who is a certified specialist in family law in California and who practices in the fields of international and interstate child custody matters and of applications under the Hague Convention. His conclusions were in these terms:

«At the time the children were removed from California on 30 March 1994, the parents of their two children were married to one another, no orders existed granting one or the other any rights of custody and neither parent had given the other permission to remove the children from their habitual residence of California.

Under these conditions California law is crystal clear: Absent a court order, both both parents have equal and co-existing rights of custody to the two minor children and neither parent, without the consent of the other, may decide where the children may live»

(...)

Ms Gray bases her submission on the fact that the family were living in California without having obtained residential status from the relevant authorities. Habitual residence must, Ms Gray contends, be lawful residence.

(...)

I am unable to accept that, in order for a country to be the habitual residence of a child, the residence of the child in that country must be lawful. Most, and possibly all, of the countries which have adopted the Convention have immigrant groups whose residential status is still to be clarified or regularised and, in the case of larger countries, those groups may, one supposes, be of considerable size. In any view it would not be consistent with the spirit of the Convention, or off the New Zealand legislation implementing it, if while immigration processes take their course, the children of such families were, solely by reason of their informal or incomplete immigration status, to be excluded from the ambit of the Convention in circumstances where the Convention would otherwise extend to them.¹⁶

[Je souligne]

49 A la demande du Tribunal, le représentant du Procureur général du Québec s'est renseigné sur la situation de la famille aux États-Unis avant leur départ.

50 Il appert que la situation de la famille est *tolérée* par les autorités américaines. Tous les passeports des parties et enfants sont périmés. Les enfants, compte tenu qu'ils sont citoyens américains et canadiens, peuvent bénéficier d'une permission spéciale pour retourner à leur lieu de résidence habituelle.

51 Le Procureur général du Québec fait état que le statut du père aux États-Unis (document R-2) a été confirmé le 17 avril 2004.

52 Le père a été l'objet de *mesures de représailles* par la mère et son avocat, pendant l'instance:

- Au début du mois d'octobre 2004, la mère a clairement indiqué au père que s'il tentait de revoir ses enfants, elle quitterait le Canada pour ne jamais y revenir;
- La mère a déposé une plainte à l'Immigration contre le père, le 17 novembre 2004, soit après la signification de la requête pour retour immédiat, plainte qui fut communiquée par télécopieur aux autorités de l'Immigration à partir du bureau de l'avocat de la mère;
- Des personnes non identifiées ont téléphoné à l'employeur du père le 9 décembre 2004 et lui ont rapporté que ce dernier a été retenu aux Douanes pendant cinq heures avant de retourner aux États-Unis, lors de son dernier voyage à Montréal;
- Malgré l'ordonnance du 4 novembre 2004 qui prévoyait des droits d'accès à l'amiable, tous les soirs entre 18 heures et 20 heures, le père n'a pu voir les enfants au domicile de la mère et après une tentative en ce sens, il a fait l'objet d'une plainte au criminel de la part de la mère;
- Les parties reconnaissent¹⁷ que l'avocat de la mère a téléphoné au père afin de lui dire que sa propre mère serait poursuivie s'il ne payait pas la pension alimentaire réclamée. Cette affirmation est erronée en droit.

53 Le père a établi à la satisfaction du Tribunal le délai d'agir. Il a d'abord été l'objet d'un violent choc, lorsque sa femme l'appelle le 20 juillet 2004 pour lui dire qu'elle ne reviendra pas. Il est complètement déboussolé et tous les jours, il tente d'appeler, sans succès, ses enfants.

54 Après une mûre réflexion, le père écrit une longue lettre à la mère datée du 28 août 2004 (*P-14 et D-5*), sans savoir que pendant ce temps, la mère prépare des procédures en séparation de corps. Il lui écrit que les enfants ont besoin des deux parents, il offre une thérapie de couple et la met en garde des dommages possibles créés aux trois enfants «même si tu prends toutes les précautions requises.»

55 Il la supplie de reconsidérer sa décision. Il y a alors un mois qu'il n'a pas vu les enfants. Il prend la peine d'être assermenté sur ce document.

56 En septembre 2004, il consulte un para-légal (*P-15*). Il va le rencontrer deux fois et il lui donne un dépôt de 1 000 \$. Il obtient copie de la procédure de divorce que ce para-légal doit signifier. Il n'en entendra plus parler cependant, malgré ses tentatives de le retracer.

57 Lorsqu'il reçoit la procédure en séparation de corps, le ou vers le 15 octobre 2004, il envoie à sa mère, Madame A... O... P..., par Fedex, deux documents: copie de la demande en divorce non datée (*P-8*) et copie de la déclaration en séparation de corps qui lui a été signifiée, afin que le tout soit transmis à sa femme et son beau-père.

58 Madame P... n'en fait rien; au contraire, sans en parler à son fils, de sa propre initiative, elle écrit et signe le nom de son fils sur deux lettres (*D-1*) destinées à la mère dont celle datée du 17 octobre 2004 qui constitue une offre de règlement par laquelle les enfants resteraient à Montréal.

59 La grand-mère paternelle a témoigné et le Tribunal constate la panique qui l'a envahie après que l'avocat de la mère l'ait appelée pour lui dire que si son fils ou elle-même ne payait pas, son frère, son neveu seraient aussi poursuivis. Elle a peur de mêler toute la famille à ces problèmes et surtout, elle craint de ne plus revoir ses petits-enfants.

60 En aucun cas, la pièce *D-1* ne peut être considérée comme un acquiescement du père au non-retour de ses trois enfants. En effet, la lettre du 17 octobre 2004 ne représente pas une position claire et sans équivoque¹⁸ et n'offre aucun caractère de permanence, tel que requis par la jurisprudence¹⁹ et la doctrine:

It has been long accepted that for written or oral evidence to give rise to acquiescence it must be 'clear and unequivocal'. English courts in particular have not been prepared to accept such evidence when it is either ambivalent, aimed at securing a reconciliation or for negotiating purposes.²⁰

61 Le père n'a aucunement participé à la rédaction de cette lettre. Mme P... a témoigné à l'effet qu'elle ne lit pas l'anglais. Elle n'a donc pu comprendre le contenu de la déclaration (declaration in support of requested orders) que son fils a souscrit à l'appui de sa demande en divorce, dans laquelle il demande le retour des enfants en Californie.

62 Au contraire, le comportement du père indique qu'il a rencontré un para-légal en septembre 2004 et qu'il a signé de lui-même la demande en divorce (*P-8*) avant même de présenter une requête pour retour immédiat en novembre 2004. C'est de sa main également qu'il a signé la pièce *P-14*.

63 Quant au risque grave, la mère a le fardeau d'établir la véracité des faits allégués. Elle n'a jamais révélé ni en conférence préparatoire ni dans ses procédures, les abus dont elle aurait été victime. Son témoignage qualifié de minimaliste par son avocat n'est pas crédible. Il est ponctué de longs silences, de répétitions et de réponses évasives.

64 Elle a admis en contre-interrogatoire que la principale raison qui l'a incitée à partir, c'est la découverte d'indices de l'adultère de son mari et non pas la prétendue appartenance à une secte religieuse.

65 La mère devait établir un risque *réel* de danger *grave*:

[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».²¹

66 La Californie est un état de droit, en mesure d'assurer, le cas échéant, la protection des enfants mineurs:

Cette preuve, quand on la considère dans son ensemble et non seulement du point de vue de madame B..., ne permet pas de conclure que le retour des enfants en Californie risque de les placer dans une situation intolérable. Après tout, la Californie est un État de droit; on ne risque pas de se tromper en présumant que les droits des enfants y seront respectés.²²

67 La Loi a pour but de sanctionner le déplacement illicite d'enfants lorsque le requérant établit que le déplacement a eu lieu alors qu'il exerçait *de facto* un droit de garde. L'ordonnance qu'il recherche reçoit application pendant la période nécessaire pendant laquelle se déroule les procédures au lieu de résidence habituelle des enfants. En effet, la loi ne vise qu'à établir le forum devant trancher la garde des enfants:

17. In my respectful opinion, the conclusion reached by the trial judge is erroneous. In my view, the evidence was not persuasive enough to justify the conclusion that Respondent would be prevented from returning to Hawaii for the relatively short period of time necessary for the Courts in Hawaii to decide on the merits of the custody issue. Moreover, undertakings by Appellant will facilitate the return of L... La..., hopefully with her mother, to Hawaii. Finally, even if one were to assume that, for various reasons out of her control, Respondent is prevented from accompanying her daughter back to Hawaii, I would still be of the view that L... La...'s return to the care of her father – for the time necessary for the custody issue to be decided – would not amount to placing her in an intolerable situation.²³

[Je souligne]

68 La mère soumet des faits qui se rattachent beaucoup plus à un éventuel débat de garde qui devra prendre place en Californie et elle n'a pas démontré de risque grave relié au retour des enfants.

69 Le Tribunal rappelle que:

Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la présente Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.²⁴

70 Il est donc particulièrement inapproprié pour le Tribunal saisi d'une requête pour retour immédiat de se prononcer sur la garde elle-même, puisque, ce faisant, il empiète nécessairement sur la compétence du Tribunal appelé à trancher sur le fond.²⁵

Opinion de l'enfant S1...

71 En début d'audition, l'avocat de la mère a demandé que le Tribunal entende S1..., l'aîné des trois enfants. Vu son âge, le court laps de temps écoulé depuis son déplacement et les faits mis en preuve, le Tribunal a refusé cette demande d'autant plus que l'opinion de cet enfant n'aurait aucune influence quant au sort de ses deux jeunes frères.

L'exécution provisoire (art. 547 C.p.c.)

72 La Loi prévoit le retour immédiat des enfants mineurs et le Tribunal a discrétion pour ordonner l'exécution provisoire. Il s'agit essentiellement dans la présente affaire d'une question de faits et de

crédibilité²⁶. Or, Monsieur Al... E... a témoigné devant le Tribunal à l'effet qu'il investira jusqu'à son dernier sous, s'il le faut, afin que les enfants ne retournent pas en Californie.

73 Il a de plus témoigné à l'effet qu'il avait accompagné sa fille au bureau montréalais des passeports, il y a quelques semaines, et la mère a admis qu'elle avait tenté alors d'obtenir un passeport au nom des enfants pour faire émettre, dit-elle, une carte d'assurance maladie. Elle a, de plus, admis avoir porté plainte à l'Immigration contre son mari dans le but de nuire dans l'exécution éventuelle du présent jugement.

74 Le Tribunal ordonne donc l'exécution provisoire, nonobstant appel, du présent jugement.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

ACCUEILLE la présente requête;

ORDONNE le retour des enfants, S1..., S2... et S3... P..., aux États-Unis et ce, à compter du 17 décembre 2004;

ORDONNE que les enfants S1..., S2... et S3... P... soient remis sous la garde du père, L... Y... P..., immédiatement;

ORDONNE au demandeur, L... Y... P..., de payer les billets d'avion de retour des trois enfants en Californie;

AUTORISE le demandeur, L... Y... P..., à obtenir des autorités canadiennes, seul, sans le concours de la défenderesse, M... E..., l'autorisation nécessaire pour le retour des trois enfants, S1..., S2... et S3... P..., incluant l'émission d'un passeport pour ces derniers;

ORDONNE à la défenderesse, M... E..., et à Al... E... de ne pas s'interposer dans le processus immédiat du retour des enfants, S1..., S2... et S3... P..., vers la résidence habituelle aux États-Unis;

ORDONNE à la défenderesse, M... E..., de ne pas quitter la ville de Montréal en compagnie des enfants, d'ici leur retour à leur résidence habituelle aux États-Unis;

PERMET que pour le voyage du retour, les trois enfants mineurs soient