



**Les notions de résidence
habituelle et de résidence
ordinaire à la lueur du
droit civil québécois, de la
Loi sur le divorce de 1985
et des Conventions de
La Haye de 1980 et de 1996**

**Section de la famille, des enfants
et des adolescents
Rapport de recherche
Septembre 2006**



**Les notions de résidence habituelle et de résidence ordinaire
à la lueur du droit civil québécois, de la *Loi sur le divorce*
et des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996**

Préparé par
Gérald Goldstein
Docteur en droit, Professeur titulaire
Faculté de droit
Université de Montréal

Présenté à la
Section de la famille, des enfants et des adolescents
ministère de la Justice du Canada

Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

Also available in English

Le présent rapport peut être reproduit, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans qu'il soit nécessaire de demander la permission du ministère de la Justice du Canada, pourvu que toutes les précautions raisonnables soient prises pour assurer l'exactitude du contenu reproduit, que le ministère de la Justice du Canada soit désigné comme source et que la reproduction ne soit pas présentée comme la version officielle du rapport original.

TABLE DES MATIÈRES

APERÇU.....	1
PARTIE I : LA RÉSIDENCE HABITUELLE EN DROIT QUÉBÉCOIS ET SELON LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996.....	3
Question 1 : Sens de la « résidence » en droit civil québécois	4
1.A Définition traditionnelle de la résidence	4
1.B Sens selon le <i>Code civil du Québec</i> : résidence <i>stable</i> , donc <i>habituelle</i>	4
Question 2 : Sens de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996.....	6
2.A Sens de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois	6
2.B Sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfant	14
2.C Sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs	34
Question 3 : Différences d'interprétation de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996	36
3.A Quant aux principes généraux d'interprétation de la résidence habituelle	36
3.B Quant aux règles spécifiques de la résidence habituelle	37
PARTIE II : LA RÉSIDENCE HABITUELLE ET LA RÉSIDENCE ORDINAIRE (ORDINARY RESIDENCE) EN DROIT QUÉBÉCOIS ET SELON LA LOI SUR LE DIVORCE	49
Question 4 : L'existence et le sens de la notion de « résidence ordinaire » (ordinary residence) en droit civil québécois.....	50
4.A Absence de sens spécifique.....	50
4.B L'expression « résidence ordinaire » est assimilée à l'expression « résidence habituelle »	50
Question 5 : Existe-t-il dans la jurisprudence québécoise une différence d'interprétation entre la version française (« résidence habituelle ») et anglaise (« ordinary residence ») de l'article 77 C.c.Q. ?.....	51
Question 6 : Existe-t-il dans la jurisprudence québécoise une différence d'interprétation entre la version française (« résidence habituelle ») et anglaise (« ordinary residence ») des articles 3, 4 et 5 de la <i>Loi sur le divorce</i> ?.....	52
Question 7 : Existe-t-il en droit québécois une différence entre la « résidence habituelle » et la « résidence ordinaire » ou la « ordinary residence » ?.....	54

APERÇU

La première partie de ce rapport est consacrée à la notion de résidence habituelle selon le droit civil québécois et les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfant et de 1996 sur la protection des mineurs. La seconde porte sur les notions de résidence habituelle et de résidence ordinaire selon le droit civil québécois et la *Loi sur le divorce*.

PARTIE I : LA RÉSIDENCE HABITUELLE EN DROIT QUÉBÉCOIS ET SELON LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996

Nous répondrons aux questions suivantes :

- Q. 1** Quel est le sens de la notion de « résidence » en droit civil québécois?
- Q. 2** Quel est le sens de la notion de « résidence habituelle » :
- A. en droit civil québécois?
 - B. selon la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfant ?
 - C. selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs ?
- Q. 3** L'interprétation (jurisprudentielle) donnée à la notion de « résidence habituelle » dans les Conventions de La Haye est-elle différente de celle donnée en droit civil québécois?

Question 1 : Sens de la « résidence » en droit civil québécois

On peut la définir actuellement comme le fait pour une personne d'habiter dans un lieu de façon habituelle (voir en ce sens : Deleury et Goubau, n. 285, p. 235).

1.A Définition traditionnelle de la résidence

En droit québécois, la résidence était traditionnellement définie abstraitement, *juridiquement* comme « le lieu où l'on demeure » (*Dictionnaire de droit privé*). *Matériellement*, la « résidence » est aussi l'immeuble (en principe) où l'on habite. Ainsi, est apparue la notion de « résidence familiale » (family residence) art. 401 et s. du *Code civil du Québec*, c'est-à-dire d'habitation d'un couple marié.

À ce sujet, M. le juge Sénécal, énonçait à la Cour supérieure en 1996, dans *Droit de la famille* — 2617 :¹

Contrairement à la notion de domicile, celle de résidence est en principe une stricte question de fait qui ne fait pas appel à l'intention. Une personne réside à l'endroit où elle vit de *fait*. Il importe peu qu'elle se soit établie en ce lieu pour une période temporaire, définitive ou indéfinie.

Toutefois, certains arrêts, rendus avant l'adoption du nouveau *Code civil du Québec* (C.c.Q.)² avaient déjà précisé cette définition, notamment en droit municipal, en y ajoutant une condition de *permanence*.³ L'idée était qu'on ne voulait pas soumettre à des lois locales des personnes occasionnellement présentes. Mais les lois en cause ne précisaient pas que la résidence, condition exigée pour y être soumis, devait être permanente ou habituelle. La jurisprudence a donc complété la loi en fonction de son but.⁴

1.B Sens selon le *Code civil du Québec* : résidence stable, donc habituelle

L'apparition dans l'article 77 C.c.Q. d'une définition de la résidence comme « le lieu où une personne demeure *de façon habituelle* » a pour conséquence qu'en droit civil québécois, en principe, sauf définition donnée dans une loi particulière, on assimile désormais « résidence » à « résidence habituelle ». Ainsi, le droit civil ne donne plus en principe de conséquences juridiques qu'à la résidence habituelle et *non à une résidence brève, occasionnelle*. En effet, la résidence, impliquant une stabilité, se distingue de la simple *habitation*, qui elle, désigne un lieu de séjour bref ou occasionnel.⁵ Cette conception, liant résidence et permanence ou stabilité du séjour, a été expressément adoptée dans l'article 77 C.c.Q.

Le droit québécois admet qu'on puisse avoir plusieurs résidences habituelles. Dans le cadre de l'analyse du changement de domicile (art. 76 C.c.Q.), on considère qu'on doit retenir celle qui a le caractère principal (sans précision). La doctrine estime qu'on doit retenir le lieu que l'on « fréquente ordinairement », c'est-à-dire celui qu'on « occupe le plus souvent ». ⁶ En ce sens,

¹ J.E. 97-539, [1997] R.J.Q. 1011, [1997] R.D.F. 374.

² Voir récemment : *Brizard c. Boivin*, AZ-50221510, J.E. 2004-640, C.S. Trois-Rivières, 12 février 2004, n. 400-17-000623-039.

³ Voir *Cloutier c. La municipalité du Lac Simon*, [1969] R.L. 519; *Ovide Provost c. Roméo Lefort et La corporation municipale du village de St-Chrysostome*, [1980] (C.S.) 1013.

⁴ [1922] 32 B.R. 229.

⁵ E. Deleury et D. Goubau, *Droit des personnes physiques*, Y. Blais, 1994, n. 262, p. 226.

⁶ Deleury et Goubau, *id.*, n. 280, p. 233.

la résidence habituelle se rapproche beaucoup de la résidence *ordinaire*. On doit sans doute considérer que l'évaluation de la résidence *principale* dépend objectivement quantitativement de la durée du séjour.⁷

Le droit québécois admet expressément qu'on puisse n'avoir aucune résidence habituelle (art. 78 al. 2 C.c.Q. : « À défaut de résidence, [la personne] est réputée domiciliée au lieu où elle se trouve »).

Finalement, comme cette règle l'illustre aussi, le droit québécois fait une distinction entre la résidence et la simple présence (lieu où l'on se trouve).

⁷ Mais si, exceptionnellement, un tel calcul ne pouvait départager les résidences, on pourrait alors tenir compte d'éléments qualitatifs comme l'utilisation des lieux (gestion des affaires, simples vacances, etc.). Toutefois, on se rapprocherait alors de la notion de « principal établissement », qui est un élément essentiel du domicile.

Question 2 : Sens de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996

2.A Sens de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois

Dans *Droit de la famille* — 2617⁸ la Cour supérieure définissait ainsi la notion :

On a jugé que la résidence *habituelle* d'une personne est l'endroit où elle vit régulièrement, normalement, ordinairement. [...] La « résidence habituelle » requiert des liens plus durables que la simple résidence. [...] La résidence habituelle n'est donc pas un simple lieu de passage.

De même encore dans *S.F. c. C.L.*,⁹ la Cour supérieure a énoncé en 2003 :

Résider veut dire « avoir sa résidence à tel endroit, y demeurer de façon habituelle » [Dictionnaire Le Petit Larousse, 2003, p. 884 et 498] alors que le mot habituellement signifie « de façon presque constante, généralement » [Dictionnaire Le Petit Larousse, 2003, p. 498].

Dans *L.L.A. c. J.P.A.*¹⁰ en 2004, en matière de divorce, la Cour supérieure affirme aussi :¹¹

La résidence habituelle se trouve au lieu où une personne vit d'une façon quotidienne et habituelle.

Si la notion de résidence habituelle semble assez claire en théorie, de sérieuses difficultés se présentent en pratique dans le cas où la situation en cause est relative à un **changement de résidence**, ce qui est souvent le cas en situation d'enlèvement international d'enfant. Le problème provient du fait que la durée nécessaire de résidence est sujette à un doute.¹² Il est exacerbé par la courte période de résidence suivant laquelle la procédure de retour de l'enfant est engagée.¹³ Or, les critères permettant de savoir quand la nouvelle résidence devient habituelle ne sont pas suffisamment clairs ni précis pour écarter tout doute. Dans quelle mesure faut-il tenir compte de l'intention des parents de revenir au lieu d'origine ? Combien de temps doit-il se passer avant que la nouvelle résidence devienne habituelle ? Cela peut-il se faire instantanément ? Aucune règle en fait n'a été codifiée en droit québécois pour déterminer quand a lieu le changement de résidence (à la différence du changement de domicile prévu à l'art. 76 C.c.Q.).

Cependant, dans l'arrêt *Droit de la famille* — 3713 (*D.M.D. c. E.V.*),¹⁴ la Cour d'appel résume ainsi les principales règles relatives à la résidence habituelle de l'enfant, dans une situation

⁸ Précité à la note 1.

⁹ [2003] J.Q. n. 10672.

¹⁰ [2004] J.Q. n. 8586 (C.S.).

¹¹ À ce propos, le Tribunal réfère aux autorités suivantes : *Anema v. Anema*, (1977) 27 R.F.L. 156 (Man. Q.B.); *Hardy v. Hardy*, 2 R.F.L. 50, [1969] 2 O.R. 875, 7 D.L.R. (3d) 307 (H.C.); *Thomson v. M.N.R.* [1946] S.C.R. 209, p. 231-232; *Byrn v. Mackin*, (1983), 32 R.F.L. (2d) 207 (Que. S.C.); *Jutras c. Société Radio-Canada* [1998] R.L. 294 (C.S.); *Da Silva c. Jodoin* [1993] R.D.J. 334 (C.A.); *Droit de la famille* — 2279 [1995] R.D.F. 695 (C.S.); *Droit de la famille* — 2054, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.).

¹² E.M. Clive, « The concept of Habitual Residence », [1997] *Juridical Review* 137, 142.

¹³ P. Rogerson, « Habitual Residence: The New Domicile? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 86, 101.

¹⁴ [2000] Q.J. n° 2967.

d'enlèvement international et l'on peut considérer qu'il s'agit, avec l'arrêt *Droit de la famille* — 2454,¹⁵ des autorités essentielles à ce sujet :

[TRADUCTION] ATTENDU QUE le concept doit être entendu au sens ordinaire et naturel des mots;

ATTENDU QUE la détermination de la résidence habituelle d'un enfant est généralement considérée comme une question de fait à déterminer à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce (*Droit de la famille* — 2454);

ATTENDU QUE le lieu de la résidence habituelle d'un enfant doit être déterminé en ayant surtout égard à la réalité de l'enfant, non celle des parents;

ATTENDU QU'une période de temps appréciable — d'une durée nécessaire pour que l'enfant tisse des liens et montre des signes d'insertion dans son nouvel environnement — doit s'écouler avant qu'une nouvelle résidence habituelle puisse être acquise;

ATTENDU QUE l'enfant doit avoir un lien réel et actif avec le lieu de sa résidence;

ATTENDU QUE la résidence doit avoir atteint un certain degré de continuité pour être habituelle;

ATTENDU QU'il n'existe pas de période minimale nécessaire pour établir l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle.

On peut synthétiser ainsi ces règles qui proviennent en bonne partie de l'arrêt *Droit de la famille* — 2454 :

Règle 1 — Le sens de la résidence habituelle doit être entendu selon le sens ordinaire et naturel de cette expression

Cette règle est largement théorique.¹⁶ Ainsi la Cour d'appel a-t-elle trouvé nécessaire d'ajouter les règles qui suivent.

Règle 2 — La résidence habituelle de l'enfant est une question *de fait* à déterminer selon toutes les circonstances

C'est une notion de fait (entendu au sens de fait matériel, concret) et non de droit.

En ce sens, dans *L.Y.P. c. M.E.*,¹⁷ la Cour supérieure en 2004 affirme, en se fondant sur une décision néo-zélandaise¹⁸ rendue en matière d'enlèvement d'enfant, que la résidence habituelle dans un lieu ne doit pas être nécessairement légale, du point de vue du droit de l'immigration : la condition sera respectée si une personne réside pendant un certain temps

¹⁵ [1996] R.J.Q. 2509.

¹⁶ Comme l'affirme très justement Lord Scarman, et tel que le reprend le juge Kozinski dans *Mozes v. Mozes*, HC/E/USf 301 : [TRADUCTION] « Quoique le sens des mots ordinaires soit une question de fait, le sens à donner à des mots inscrits dans la loi est une question de droit, puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation législative. Par conséquent, [...] le sens de [résidence habituelle] soulève une question de droit, même si ce n'est qu'au stade préliminaire du processus de la détermination d'une question de fait. »

¹⁷ [2004] J.Q. n. 13967 (C.S.).

¹⁸ *H. v. H.*, [1995] 12 FRNZ 498, pages 1 et 2, cité au n. 48 de la décision québécoise.

dans un pays même si elle n'y est que tolérée, parce que son statut légal n'est pas définitivement réglé.

L'idée sous-jacente est de faciliter le travail du juge (spécialement dans le cadre de l'enlèvement d'un enfant qui requiert une certaine rapidité des procédures). En principe il s'agit de prouver des *faits* matériels, sans grande discussion possible, et non de vérifier si des dispositions législatives sont respectées, ni de rechercher une intention, questions plus difficiles à prouver, à la différence du domicile.¹⁹

Mais, comme le remarque un auteur, on a sans doute fait preuve d'un trop grand optimisme²⁰ car la notion de fait n'est pas précise : de quels faits tenir compte ? Il faut donc prévoir des règles qui permettent de savoir comment rechercher la résidence en pratique.²¹

Certains faits *bruts* sont aisément repérés et utilisables, comme la présence durable, déjà réalisée, en un lieu, d'une personne, ou encore l'existence d'attaches en un lieu (amis, parents, gardienne, jouets, déclaration d'impôts, permis de conduire, meubles).²²

D'autres faits bruts sont plus difficiles à évaluer. Les *circonstances* vont ici permettre d'en comprendre la portée. Ainsi dans *M.-P.L. c. M.I.B.L.*,²³ la Cour supérieure énonce au no. 64 :

Au moment du départ de M... pour le Québec, Canada, son lieu de résidence et son domicile étaient au Suriname, où ses parents étaient alors résidents, bien que temporairement, c'est-à-dire durant le terme du contrat de Monsieur avec C....

En l'espèce, la durée de quatre années du contrat de travail du père, qui avait emmené avec lui sa famille au Suriname, bien que temporaire, c'est-à-dire non pas de façon indéfinie pour le futur, suffisait pour qu'ils soient habituellement résidents en ce pays et que l'enfant, âgée de 3 ans, y soit aussi considérée résidente juste avant son enlèvement pour la Barbade, puis le Québec, même si en réalité elle n'y avait passé qu'à peu près trois mois (mais 19 mois auparavant à la Barbade, durant la durée d'un contrat de travail antérieur).

¹⁹ En effet, l'intention des personnes intervient en cas de changement de domicile. La jurisprudence datant d'avant le nouveau Code a admis d'ailleurs, qu'il n'y avait pas de différence entre les notions de domicile en common law et en droit québécois (*Wadsworth v. McCord* (1886) 12 S.C.R. 466, p. 478). On a admis que le changement nécessitait une preuve de l'intention de ne pas revenir à l'ancien domicile, et que [TRADUCTION] « l'*animus manendi* nécessaire pour changer le domicile d'origine pour un nouveau domicile implique une intention fixe et arrêtée » d'abandonner l'ancien domicile (*Trottier c. Rajotte*, [1940] R.C.S. 203). La Cour suprême dans *Trottier c. Rajotte* affirmait aussi: [TRADUCTION] « le domicile d'origine ne cesse pas du fait que la personne domiciliée a quitté le pays dans lequel elle était ainsi domiciliée avec l'intention de ne jamais revenir. Il est essentiel qu'elle ait acquis un nouveau domicile, c'est-à-dire, qu'elle ait en fait établi résidence dans quelque autre pays avec la détermination fixe et ferme d'en faire le lieu principal de sa résidence, non pour une certaine fin particulière, mais indéfiniment. » Cette conception s'exprime aujourd'hui dans l'article 76 C.c.Q. Donc, dans ce cadre d'analyse, si l'intention concerne la résidence, elle ne sert pas à la déterminer, mais elle s'ajoute à elle pour modifier le domicile. Cette connexité au sein de l'analyse du changement de domicile est susceptible d'entraîner des confusions et de faire croire que l'élément intentionnel est une composante ou une condition même de la résidence, alors qu'elle n'est qu'externe à elle.

²⁰ J.G Collier, *Conflict of Laws*, 3^{ème} éd., Cambridge Un. Press, 2001, p. 55.

²¹ Ainsi la question de la détermination de la résidence habituelle est-elle une question de fait, mais, du point de vue des cours d'appel, elle met quand même des règles en jeu, qui permettent éventuellement une révision des décisions inférieures.

²² Voir ainsi comme bon exemple : *N.K. c. R.V.*, [2004] R.D.F. 572 (C.S.), AZ-50254383, J.E. 2004-1360 (divorce).

²³ [2002] R.D.F. 982 (C.S.).

Au-delà des faits bruts aisément constatés, le tribunal peut « examiner la situation plus globalement, en allant au-delà de la situation purement factuelle », c'est-à-dire examiner d'autres circonstances qui permettent, notamment de déterminer l'importance de ces faits ou qui peuvent même compléter l'analyse.²⁴

La notion de fait recouvre aussi les actes *matériels* de la personne concernée. Or l'importance de ceux-ci n'est souvent clairement comprise que par rapport *aux circonstances*, notamment les *intentions* des personnes en cause. Par exemple, l'achat d'une maison en soi fait plutôt référence à une *intention* future de résider en ce lieu de façon durable, de même que le fait de partir sans laisser aucun bien derrière soi.

Ainsi, *l'intention* d'une personne ou d'un parent peut être considérée comme un *fait*, immatériel, non brut, subjectif, dont il convient quand même de tenir compte pour comprendre les faits bruts, comme l'importance de la durée d'un séjour.²⁵

Si, au contraire, on limite la notion de fait aux événements matériels, apparents, il n'empêche que l'intention des personnes concernées peut être incluse *dans les circonstances* (non limitées aux circonstances matérielles) dont il faut tenir compte pour apprécier la portée des faits, selon la Cour d'appel.

Rappelons 1° que la cour énonce que « habituellement » (usually) la résidence est une question de fait, sans exclure définitivement toute considération de l'intention d'une personne et, 2° qu'on doit tenir compte de *l'ensemble des circonstances*.

En ce sens, dans *C.E.S.*,²⁶ Mme le juge Grenier distingue plus opportunément entre la « méthode objective » (sans tenir compte de l'intention) et la « méthode subjective » (permettant de tenir compte, parmi les faits significatifs, ou parmi les circonstances qui les entourent, de l'intention), pour déterminer la résidence habituelle.

Voir aussi : *Rees c. Convergia, Convergia Networks Inc.*,²⁷ dans une affaire où il s'agissait de savoir si un employé était résident au Québec, alors qu'il y travaillait et qu'il y habitait dans un logement loué :

[TRADUCTION] Non seulement n'a-t-il pas manifesté l'intention d'établir sa résidence au Québec, mais, par ses actions et ses déclarations, les intentions du demandeur indiquent clairement le contraire. Il a fait tout ce qu'il a pu pour demeurer dans la juridiction de droit des États-Unis ou de l'un de ses États. Vraiment, on peut conclure qu'il s'est donné du mal pour conserver sa résidence dans cette juridiction afin de

²⁴ Dans *S.E. c. T.R.* [2003] J.Q. no. 11746, la Cour supérieure en 2003 énonce, après avoir cité les arrêts principaux dans ce domaine : « Même en examinant la situation plus globalement en allant au-delà de la situation purement factuelle, la conclusion demeure la même. Dans la lettre du 15 juillet 2003 [...] il est indiqué que : la date d'embauche de monsieur est le 14 juin 2001. Madame prétend dès lors que l'affectation de deux ans s'est terminée le 14 juin 2003 et que le contrat d'embauche était donc expiré lorsqu'elle a quitté la France le 27 juin 2003. La résidence familiale se trouvait ainsi de nouveau située au Québec. Le tribunal ne partage pas cette interprétation puisqu'elle ne correspond pas à la réalité. D'une part, en date d'aujourd'hui, monsieur travaille toujours à Paris pour S... Par ailleurs, le témoignage hors Cour d'A... D... révèle clairement que la période de deux ans constitue une période minimale. Lors de la signature du contrat d'embauche en juin 2001, ni S... ni monsieur n'avait discuté ni même songé à ce que celui-ci revienne au Québec après seulement deux ans. »

²⁵ Ceci explique que les cours d'appel peuvent en être saisies puisqu'il s'agit de savoir si les règles relatives au concept de résidence habituelle ont été bien appliquées (cf. *Mozev v. Mozev*).

²⁶ *C.E.S. c. E.V.*, [2002] R.D.F. 874 (C.S.), J.E. 2002-1904.

²⁷ C.S. Montréal 500-17-017494-033, 2004-03-11, AZ-50225541, J.E. 2004-975, D.T.E. 2004T-500, au n. 27.

demeurer un résident habituel de l'Iowa. Les arrêts temporaires qu'ils faisaient en différents endroits de temps à autres aux fins de son emploi ne peuvent être considérés que comme des lieux de séjour temporaires ou des « pied-à-terre ».»

En sens contraire, toutefois, au sujet de la résidence d'un enfant, on peut citer ce qu'écrit M. Le juge Chamberland dans l'affaire *Droit de la famille — 3451* à la Cour d'appel, au sujet de l'article 77 C.c.Q. :

Le choix de cette notion de « résidence habituelle » est voulu. Il évite toute discussion quant à l'intention de l'un ou l'autre des parents d'établir son domicile à un endroit plutôt qu'à un autre. Il introduit dans la détermination du domicile de l'enfant mineur d'un couple qui ne vit plus ensemble des éléments subjectifs et concrets, plus facilement mesurables par le tribunal que lorsqu'il s'agit de sonder les intentions des parties.

Dans cet arrêt, M. le juge Chamberland infirme une décision d'une cour inférieure dans des circonstances assez semblables à celles de l'affaire *Re J.* (enlèvement d'un enfant né depuis un an en Ontario par la mère pour le ramener au Québec) au motif :

C'est donc à tort à mon avis que le juge de première instance s'appuie sur l'intention de l'intimée « to remain in Quebec » pour conclure à la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W... Appliquant le test de la « résidence habituelle », le premier juge aurait dû conclure qu'au moment où il se saisissait du litige opposant les parties, au début de février 1999, la « résidence habituelle » de W... était à Toronto, Ontario. Il y était né et il y avait vécu, avec ses deux parents, depuis sa naissance jusqu'au 28 janvier 1999 [date de l'enlèvement]. ... Il avait une chambre bien à lui, équipée de meubles et accessoires d'enfants, dans la maison que ses parents louaient à Toronto. Tous ces facteurs, objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents, devaient amener le juge de première instance à conclure que la résidence habituelle de W... était à Toronto, où demeurait toujours son père.

Ainsi on peut en déduire que M. le juge Chamberland, dans les circonstances de *Re J.*, n'aurait certainement pas affirmé que la résidence habituelle de l'enfant ne se trouvait plus en Australie et il n'aurait donné aucun poids à l'intention de la mère, à la différence de la décision de la Chambre des Lords, mais en conformité avec la conception traditionnelle de la notion de résidence habituelle en droit civil²⁸.

²⁸ Le juge ajoute : « S'agissant d'un déplacement illicite, je crois qu'il serait tout à fait inapproprié de tenir compte des faits postérieurs à ce déplacement pour déterminer le lieu de la « résidence habituelle » de l'enfant. Le déplacement illicite d'un enfant ne peut pas fonder un changement légal de son domicile. La proposition contraire ne ferait qu'encourager les parents insatisfaits d'une juridiction à prendre la Justice entre leurs mains et de changer de juridiction dans l'espoir, conscient ou non, d'y avoir une oreille plus attentive de la part des tribunaux. La *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* vise à décourager ce type de comportement; l'article 3142 C.c.Q. et, par ricochet, le deuxième alinéa de l'article 80 C.c.Q. vont dans le même sens et permettent également aux autorités judiciaires québécoises de décourager ces comportements, même dans les cas où la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* ne s'applique pas. » On trouve donc ici très clairement exprimé un motif essentiel de ne pas tenir compte de l'intention des parents dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant : il s'agit de décourager la fraude à l'encontre du tribunal et de la loi, en définitive.

Cette règle consistant à écarter l'intention des parents a été affirmée à plusieurs reprises dans le but d'éviter que les parents ne manipulent leur propre résidence pour modifier celle des enfants²⁹.

En droit québécois l'intention d'une personne de résider en un lieu ne peut donc jamais supplanter les circonstances ni les faits bruts pointant clairement vers un autre lieu.

Règle 3 — La résidence habituelle de l'enfant se détermine en examinant la réalité de l'enfant et non celle des parents

Dans *Droit de la famille* — 2454, M. le juge Chamberland énonce ainsi cette règle³⁰ :

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle »; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

Ainsi, dans *Droit de la famille* — 3713 (*D.M.D. c. E.V.*)³¹, le fait que le séjour en Angleterre des enfants avait été déclenché par une sorte d'entente sous condition résolutoire par les parents ne devait pas entrer en ligne de compte.

De même, dans *H.H.N. c. O.X.Ng.*,³² alors que la mère était repartie de Bangkok avec ses enfants pour rejoindre sa famille à Montréal, la Cour supérieure examine la situation des parents et détermine qu'ils n'avaient qu'une résidence temporaire à Bangkok, devant durer

²⁹ Voir ainsi : *A.I. c. R.M.C.* [2004] J.Q. n. 7484 (2 juillet 2004, C.S., Montréal) au n. 21 : « Il importe de rappeler que l'intention des parents ne revêtira aucune importance dans la détermination de la résidence habituelle de B., cette question référant essentiellement à une notion factuelle. ». De même, dans *Droit de la famille* — 264, [1997] A.Q. n. 1224 (C.S.), la Cour supérieure, au n. 63, citant les propos de M. le juge Chamberland dans l'arrêt *Y.D. c. J.B.*, [1996] A.Q. n. 2916 (C.A.), a refusé de tenir compte d'une éventuelle entente selon laquelle les parents reviendraient au Québec, alors qu'en fait l'enfant qui y avait été enlevé avait toujours vécu en Martinique (France) depuis sa naissance. En l'espèce, l'existence de l'entente n'était pas certaine car la volonté de l'épouse n'était pas clairement exprimée. Ceci montre bien les problèmes relatifs à l'utilisation de l'élément intentionnel dans la détermination rapide de la résidence habituelle d'un enfant. Voir aussi : *Droit de la famille* — 2675, AZ-97026241, B.E. 97BE-583, C.S. 22 avril 1997, n. 200-04-003138-979, citant le même arrêt : « Suivant la jurisprudence, cette notion constitue une question de fait qui s'attache à la réalité vécue par l'enfant et non à l'intention de ses parents ». De même encore dans *S.F. c. C.L.* [2003] J.Q. n. 10672, la Cour supérieure a énoncé en 2003 : « Le test, purement factuel, fait appel à des facteurs objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents. Seule la réalité de l'enfant est pertinente : c'est d'ailleurs dans le passé, avant que ne surgisse le litige, qu'il faut regarder pour l'identifier puisqu'elle est et ne saurait être « en devenir ». On peut encore citer à cet effet, ce qu'affirmait, en obiter toutefois, M. le juge Dalphond (maintenant à la cour d'appel) en Cour supérieure en 1999 dans *Droit de la famille* — 3597 (*S.G. c. R.S.*), AZ-00026276, B.E. 2000BE-573, [2000] R.L. 183 : « Contrairement à la notion de domicile qui implique une intention (voir l'art. 76 C.c.Q.), la notion de résidence est purement factuelle. [...] Que monsieur ait l'intention de revenir à Montréal dès qu'il pourra s'y dénicher un emploi comparable à celui qu'il occupe actuellement à Hanover, ne change rien au fait qu'il réside actuellement, de façon habituelle, au New Hampshire. C'est dans cet état américain qu'il travaille depuis plus de deux ans, qu'il y gagne ses revenus et qu'il y a son appartement où l'on retrouve la majorité de ses vêtements et meubles. De plus, c'est aux États-Unis qu'il paie ses impôts, ayant cessé de produire des déclarations aux fiscaux canadien et québécois ».

³⁰ Précité à la note 15.

³¹ Précité à la note 14.

³² [2002] R.D.F. 604 (C.S.), AZ-50129220, J.E. 2002-1248.

deux ans, autant que la durée du contrat de travail du père. Puis, en citant l'arrêt *Droit de la famille* — 2454, elle se concentre sur la situation spécifique des enfants de cette manière :

[86]. Vu du point de vue des enfants voici ce qui confirme l'aspect temporaire de leur séjour : ils ne sont en Thaïlande qu'en leur qualité de dépendants d'un père dont le visa, le permis de travail et le contrat de travail sont temporaires; en Thaïlande, ils ont d'abord habité un hôtel pour expatriés puis, dans un domaine pour expatriés; C fréquente une école anglaise alors que sa langue maternelle est le français cette école est une école pour expatriés; les enfants ne parlent pas le thaï, Ch, à son âge, ne parlant de toute façon pas encore; les enfants n'ont aucune relation avec la population et la culture thaï; les enfants ont bien quelques amis mais, leurs principales fréquentations restent encore la famille de Montréal.

De même, dans *R.A. c. B.As.*,³³ la Cour supérieure énonce :

[30] Quand l'intimée va rejoindre monsieur A... en Floride en septembre 2001 avec les enfants, elles s'installent dans la maison qu'il a louée pour la famille. Les enfants ont leur chambre ainsi que leur demi-sœur J.... Le père s'en occupe quand il revient du travail, les amène au terrain de jeux ou au restaurant à l'occasion, prépare leur petit-déjeuner et s'amuse avec elles. [31] Madame As... reste à la maison avec les enfants et, le 3 décembre 2001, elle inscrit Al... à des cours de danse et de natation au YMCA et inscrit aussi la famille. [...] [33] À notre avis, le vécu des enfants depuis la fin de septembre 2001 établit que leur résidence habituelle est en Floride et qu'en l'absence du consentement de leur père, elles ont été déplacées illicitement au Québec en février 2002.

De même enfin, en 2003, la Cour supérieure affirmait, dans *S.S.-C. c. G.C.*³⁴ :

[TRADUCTION] [54] C'est au Connecticut que les enfants vivent depuis mars 2001; c'est-là où ils ont fréquenté l'école, fait des amis et joui de leurs activités quotidiennes. Il se peut que l'un des parents ait eu d'autres plans pour l'avenir, mais, pour E [...], C [...] et F [...], A, le Connecticut était leur résidence habituelle. [55] En se concentrant sur la réalité des enfants la Cour parvient à la conclusion que leur résidence habituelle le 29 juin était le Connecticut.

Règle 4 — La résidence, pour être habituelle, doit comprendre une certaine *continuité* de séjour

Cette règle touche l'aspect temporel de la résidence. On recherche ici la preuve d'une certaine *stabilité du séjour* : la situation doit être suffisamment stable (settled). En effet, le but même de la législation sur l'enlèvement d'enfant est d'éviter une déstabilisation de l'enfant, ce qui est contraire à son intérêt. C'est pourquoi on doit le ramener au lieu de sa résidence habituelle, qui répond à ce besoin de stabilité, nécessaire pour un développement harmonieux.

Ainsi, dans *J.T. c. L.-A.B.*, [2002] R.D.F. 50 (C.S.), où il s'agissait de savoir où des enfants étaient habituellement résidents alors qu'ils avaient été emmenés à Montréal par leur mère, lors d'un déménagement de la famille de Californie au New Hampshire, la Cour supérieure

³³ [2002] R.D.F. 429 (C.S.).

³⁴ [2003] R.D.F. 845 (C.S.).

considère qu'ils n'avaient pas commencé leur processus d'intégration au Massachusetts en y étant seulement restés deux jours dans un hôtel.

Néanmoins, la continuité n'a pas à être absolue : il peut y avoir des absences temporaires ou occasionnelles.

Au plan de la logique juridique, toutefois, cette exigence semble redondante dans la mesure où la résidence elle-même devrait maintenant être interprétée comme un *séjour stable*, sans la nécessité d'ajouter le terme « habituelle » (voir question 1). Néanmoins on retrouve ici les habitudes prises sous l'empire de l'ancien *Code* où la résidence n'avait pas été assimilée à la résidence habituelle.

Cependant, M. le juge Chamberland, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 3451* y voit, avec raison, « l'affirmation d'une volonté d'harmoniser le vocabulaire du *Code civil* au vocabulaire du droit international » et spécialement de celui de la Convention de La Haye de 1980. Les commentaires du ministre de la justice vont en ce sens.³⁵

Règle 5 — Bien qu'aucune période de temps minimale ne soit exigée pour acquérir une nouvelle résidence habituelle, il faut quand même qu'il se passe une période de temps suffisante pour que l'enfant développe des liens avec son nouvel environnement et montre des signes d'intégration en ce lieu

Cette règle, composée de deux propositions, touche aussi l'aspect temporel de la résidence. La seconde proposition est assez claire, et l'on peut avancer que l'existence de la nouvelle résidence nécessite des preuves de son intégration provenant de lui-même (rapport psychologique, etc.). Le fait, externe à lui, qu'il soit inscrit dans une école, par exemple, ne suffit pas.

Mais la première proposition est ambiguë. Dans un premier sens, on peut se demander si elle signifie qu'on peut acquérir *d'un jour à l'autre* une nouvelle résidence. La réponse est probablement qu'en théorie, oui, mais à condition de pouvoir le prouver, ce qui nécessite normalement, en pratique, selon la seconde proposition, une certaine période de temps. On aboutit alors à une contradiction entre la théorie et la pratique.

Mais le second sens de cette règle peut plutôt être qu'il n'existe *aucune période fixe*, prédéterminée³⁶ (à la différence de l'exigence d'un an, en matière de divorce, ou 5 ans dans la Convention de La Haye sur les successions de 1985).

Dans *Droit de la famille — 3713*, la Cour d'appel a estimé qu'une période de 3 mois suffisait pour établir une nouvelle résidence en Angleterre, alors que les enfants en cause résidaient auparavant depuis 7 ans au Québec. Par contre, dans *H.H.N. c. O.X.Ng.*,³⁷ on a jugé que 5 mois passés à Bangkok n'avaient pas suffi pour changer la résidence habituelle d'enfants auparavant résidents de l'Ontario.

³⁵ Il est indiqué sous l'article 77 C.c.Q : « La définition introduite par le présent article intègre au Code civil une notion très courante [...] en droit international privé, celle de résidence habituelle. », *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 62.

³⁶ E.M. Clive, « The concept of Habitual Residence », [1997] *Juridical Review* 137, 143, note 31 : [TRADUCTION] « [Ce] n'est peut-être qu'une manière imprécise et inexacte de dire qu'aucune période minimale fixe n'est requise », au sujet de l'arrêt écossais *Cameron v. Cameron*, [1996] S.L.T. 313, qui semble bien être à l'origine de cette règle dans l'esprit de la Cour d'appel québécoise.

³⁷ Précité à la note 32.

Ce qui signifie par conséquent *qu'aucune règle rigide* ne doit être utilisée ici et que *tout dépend des circonstances* (existence de parents dans le nouveau lieu, climat, durée d'un contrat de travail du parent dont les enfants dépendent, etc.) et de l'enfant (selon sa personnalité et son âge il s'intégrera plus ou moins rapidement).

La question se pose de savoir si, parmi ces circonstances, face à ces faits difficiles à interpréter, *l'intention* des personnes en cause peut intervenir pour remplacer la période de temps afin d'éclairer la portée du fait brut du changement géographique de lieu de séjour. La majorité de la jurisprudence québécoise ne semble pas l'accepter, mais il existe quelques arrêts minoritaires en sens inverse.

Dans *R.A. c. B.As.*,³⁸ la Cour supérieure considère, dans un contexte de déplacements assez rapides et multiples, que 5 mois de résidence en Floride suffisaient pour considérer que les enfants en cause y avaient leur résidence habituelle. Il est clair, dans cette affaire assez difficile à juger, que si l'intention des parents avait été retenue comme élément pertinent, on n'aurait rien pu en tirer puisqu'ils avaient des intentions contradictoires.

Règle 6 — L'enfant devrait avoir un lien réel et actif avec son lieu de résidence

Le droit québécois distingue ainsi entre la résidence et la simple présence (lieu où l'on se trouve) puisque la simple présence ne réalise *aucun lien réel si elle n'est pas jointe à un élément de stabilité temporel*. L'article 76 alinéa 2 C.c.Q. énonce aussi implicitement que **la résidence habituelle n'est pas la simple présence**.

Ainsi, dans *J.T. c. L.-A.B.*,³⁹ la Cour supérieure énonce au sujet d'enfants qui étaient restés en transit deux jours au Massachusetts, en provenance de Californie :

[TRADUCTION] Il apparaît qu'ils ne sont pas allés à Cambridge depuis une quantité de temps appréciable, qu'ils n'ont pas de lien réel et actif avec Cambridge.

On peut aussi avancer, un peu paradoxalement, que cette règle signifie peut-être que **la perte d'une résidence habituelle peut être instantanée** dans la mesure où, juste après un déménagement, l'enfant n'a plus de lien *réel* avec l'ancien lieu, même s'il conserve un lien intellectuel avec celui-ci.

On peut encore penser que cette règle découle de celles déjà énoncées ou les illustre. Ainsi, le lien sera *réel* s'il est *continu* (règle 3) et s'il touche la réalité de l'enfant lui-même (règle 2). De même, le lien sera *actif* avec l'enfant s'il touche sa propre réalité (règle 2) et si on l'évalue en regard de la période de temps suffisante pour lui permettre de montrer des signes d'intégration au nouveau milieu (règle 4).

2.B Sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfant

Cette notion n'est pas définie dans la Convention et elle a son origine dans les autres Conventions de La Haye (notion adoptée dans la session de 1900), et on la retrouve notamment dans une Convention de La Haye de 1954, où elle n'a pas plus été définie. C'est

³⁸ [2002] R.D.F. 429 (C.S.), AZ-50122487, J.E. 2002-911.

³⁹ [2002] R.D.F. 50 (C.S.). Cette règle a aussi été appliquée sans grande explication dans *A.I. c. R.M.C.*, [2004] J.Q. n. 7484 (2 juillet 2004, C.S., Montréal) au n. 25.

donc la jurisprudence qui interprète ces Conventions qui donne le sens de cette résidence habituelle.⁴⁰

Si certaines règles sont généralement acceptées par l'ensemble des États appliquant la Convention, cependant, il existe des divergences assez considérables dans la manière dont un certain nombre de règles ont été interprétées, malgré la bonne volonté de conserver une interprétation uniforme pour éviter les problèmes liés au domicile.⁴¹

Conservant ces positions divergentes à l'esprit, les « facteurs » relatifs à la résidence habituelle ont été ainsi énoncés dans *C. v. T.* :⁴²

[TRADUCTION] a) Question de fait : il est bien établi que la résidence habituelle d'une personne dans un pays déterminé est une [TRADUCTION] « question de fait à déterminer à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce ». Par Lord Brandon of Oakbrook dans *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)* [1990] 3 WLR 492 (Chambre des Lords) à la p. 504, par. (c)-(d) et *H. v. H.*, [1995] 13 FRNZ, 498 à 501, M. le juge Greig.

b) Sens naturel et ordinaire (arrêtée et volontaire) : le juge Greig dans *H. c. H.* à la page 501 écrit [TRADUCTION] : [...] « que l'interprétation de l'expression de « résidence habituelle » ne comporte pas de magie juridique particulière. Il faut l'interpréter au sens ordinaire des mots. « Habituelle » veut dire coutumière, constante, continue. Le contraire de cette expression est occasionnelle, temporaire ou transitoire. »

c) Continuité : Il faut une certaine continuité pour que l'on puisse décrire la résidence habituelle comme stable. Voir Sir Stephen Brown P. dans *V. v. B. (a minor) (abduction)* [1991] 1 FLR 266 à 271.

⁴⁰ Notre étude a porté sur les 137 décisions signalées dans la banque Incadat et rendues au sujet de l'Article 3 de la Convention de La Haye de 1980. Nous prenons pour hypothèse que cet échantillon est suffisamment représentatif des tendances exprimées. Toutefois, selon une recherche rapide que nous avons effectuée, la banque Incadat contiendrait au moins 278 décisions sur la notion de résidence habituelle.

⁴¹ Ceci n'est pas étonnant si l'on considère ce qu'un juge a récemment admis, dans *Re R. (Abduction : Habitual Residence)*, [2003] EWHC 1968, [2004] 1 FLR 216, [24/07/2003; High Court (England and Wales); First Instance] HC/E/UKe 580, en toute candeur (au par. 57) : [TRADUCTION] « Le système de droit national en référence auquel je dois, à cette fin, déterminer la question de la résidence habituelle est le droit national de l'Angleterre. C'est le droit national de l'Angleterre, la façon de voir que le droit de l'Angleterre attache au sens des mots « résidence habituelle » dans leur occurrence à l'Article 3 de la Convention de la Haye. C'est le droit de l'Angleterre tel qu'il est énoncé dans les sources que j'ai citées. [...] Sur les faits comme je les ai constatés la cour allemande qui applique la loi allemande est soit de même avis ou soit d'un avis différent. [...] Si elle est d'un avis différent, alors la réalité, quelque élégamment que le fait soit exposé, est qu'on me demande de parvenir à un avis différent de celui que le droit de l'Angleterre me prescrirait en me laissant tromper par l'avis différent des avocats allemands relativement à la loi allemande. Mon devoir dans de telles circonstances est d'appliquer la loi nationale de l'Angleterre par référence aux sources que j'ai déjà mentionnées et, à la lumière de ces sources, en appliquant les principes pertinents, la conclusion à laquelle je suis parvenu ne peut pas être affectée par la mise en preuve du droit allemand. Également, il me semble qu'elle ne serait pas affectée même par la décision d'une cour allemande à un effet différent. » Voir toutefois : *Re S. (A Child)* [2002] EWCA Civ 1941, 27/11/2002; Court of Appeal (England and Wales), HC/E/UKe 490 : [TRADUCTION] « Les questions de résidence habituelle relativement à l'Article 3 de la Convention de la Haye doivent être déterminées par référence à la jurisprudence internationale, conservée sur site Web INCADAT du Bureau permanent. » Voir aussi, aux États-Unis : *E. Nunez-Escudero, v. S. Tice-Menley*, 26 juin 1995, (US C.A. 8ème Circuit), HC-E-Usf 98.

⁴² [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001; Family Court at Taupo (New Zealand); First Instance] HC/E/NZ 413.

d) Intention : Lord Brandon of Oakbrook dans *Re. J.*, cité ci-dessus, à la page 504 au paragraphe e) a statué qu'une personne peut, en une seule journée, cesser d'être une résidente habituelle d'un pays si elle quitte avec l'intention ferme de ne pas revenir mais plutôt d'établir sa résidence à long terme dans un autre pays. Lord Brandon a toutefois ajouté qu'une telle personne ne peut habituellement devenir résidente du deuxième pays en un seul jour. Il poursuit [TRADUCTION] : « une période de temps appréciable et une intention arrêtée sont nécessaires pour lui permettre de devenir telle ».

(e) Cessation et changement de la résidence habituelle : Il est bien établi [...] qu'il peut être mis fin à la résidence habituelle en un jour. Voir *Re. J.* ci-dessus.

Voici donc les règles principales que l'on peut tirer de la jurisprudence internationale :

Règle 1 — La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel (ordinary and natural meaning)

Il s'agit d'éviter une divergence d'interprétation selon les tribunaux qui découlerait de l'utilisation d'une notion de droit comme le domicile.

*Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights); C. v. S. (Minor)*⁴³, (considéré comme le « leading case » en droit anglais)

[TRADUCTION] il ne faut pas considérer l'expression comme un terme d'art pourvu d'un sens spécial, mais l'entendre plutôt au sens ordinaire et naturel des deux mots qu'elle contient.

Ceci a pour conséquence au plan de l'interprétation ordinaire, que la résidence « habituelle » implique un élément de permanence. Voir ainsi *A. v. A.* :⁴⁴

[TRADUCTION] lieu où le mineur accomplit ses activités, où il est établi avec une certaine permanence, le centre de ses expériences émotionnelles et quotidiennes.

Voir aussi *J. v. J.* :⁴⁵

[TRADUCTION] la détermination de la question de la résidence habituelle au regard de la Convention consiste surtout à procéder à une appréciation d'ensemble des circonstances que l'on peut observer objectivement telles que la durée du séjour, les liens sociaux existants et autres [...] ou nature professionnelle qui peuvent indiquer un attachement plus permanent à un pays ou à un autre.

⁴³ [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.)

⁴⁴ *A. v. A.*, 5 October 2001, Buenos Aires court of first instance, [05/10/2001; Buenos Aires court of first instance (Argentina); First Instance], HC/E/AR 487. Voir aussi : *I F 3709/00, Amtsgericht Zeibruecken*, 25 January 2001, [25/01/2001; Amtsgericht Zeibruecken (District Court) (Germany); première instance], HC/E/AU DE 392 [TRADUCTION] : « il avait été ordonné aux parties de s'installer là-bas, qu'elles y avaient leur propre demeure et, donc, que le centre de leurs activités était en Israël »; *R. and R.*, 7 January 1999, Juvenile Court of Rome (Italy), Nr. 2450/98 E, [07/01/1999; Juvenile Court of Rome (Italy); First Instance], HC/E/IT 297 [TRADUCTION] : « la résidence habituelle n'indique pas la résidence enregistrée, mais le lieu où l'enfant passe habituellement la plus grande partie de son temps. Ce lieu, le centre de la vie de l'enfant, est sans aucun doute l'Angleterre, où L. est né et a grandi. »

⁴⁵ Case No. 7505-1995, 9 May 1996, Supreme Administrative Court of Sweden, [09/05/1996; Supreme Administrative Court of Sweden, Regeringsrätten], HC-E-SE 80.

Règle 2 — La résidence est une question de fait dépendant des circonstances

C'est en principe une question de fait et non de droit (donc elle ne dépend pas du domicile d'une autre personne, ni du lieu de résidence enregistrée). Cette règle est largement admise dans les pays de common law et dans les autres systèmes juridiques⁴⁶. Pour les pays de common law, l'autorité citée est l'arrêt de la Chambre des Lords rendu dans l'affaire *C. v. S. (Minor)*⁴⁷ :

[TRADUCTION] une question de fait à déterminer à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce.

À ce sujet, on peut mentionner aussi le document « Report of the Third Special Commission meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997) », par. 16 :

[TRADUCTION] [16] Les ententes de garde alternée, ou [TRADUCTION] « ententes pour faire la navette », peuvent donner lieu à des problèmes quand il s'agit de déterminer la résidence habituelle de l'enfant. La question survient de savoir si de telles ententes permettent de déterminer la résidence habituelle d'une manière qui soit contraignante pour les tribunaux auxquels on demande d'ordonner le retour de l'enfant, par exemple en ajoutant une clause selon laquelle le non-retour de l'enfant à la date convenue constitue une retenue illégale en vertu de la Convention ou d'autres sortes de clauses choisies par la cour. De telles clauses choisies par la cour ne visent toutefois pas à être reconnues par la Convention et les parties à de telles ententes ne devraient pas avoir le pouvoir de créer une résidence habituelle qui ne correspond pas à la résidence habituelle de fait de l'enfant. Il en est ainsi premièrement parce que le concept de « résidence habituelle » aux termes de la Convention est considéré comme une question purement factuelle et deuxièmement parce que la Convention fournit un recours très spécifique applicable aux cas d'urgence et qu'elle ne vise pas à résoudre des litiges entre parents sur le bien-fondé des droits de garde.

Ainsi l'existence d'un accord résultant de la rencontre de la volonté des parents ne doit pas lier les tribunaux s'il ne correspond pas à la situation de fait.

Toutefois, on trouve des affirmations dans des arrêts anglais qui semblent aller à l'encontre de cette règle. Ainsi, dans *Re S. (Minors) (Abduction : Wrongful Retention)*⁴⁸ la Cour a affirmé⁴⁹ :

[TRADUCTION] il me semble évident que lorsque les deux parents ont des droits de garde égaux aucun acte unilatéral de l'un d'eux ne peut changer la résidence habituelle des enfants, sauf en vertu du consentement ou de l'acquiescement avec le temps de

⁴⁶ Voir *W. v. O.*, 14 June 1995, Argentine Supreme Court of Justice, 14/06/1995; Argentine Supreme Court of Justice; Superior Appellate Court, HC/E/AR 362; *A. v. A.*, précité à la note 43; *R. and R.*, précité à la note 43; *J. v. J.*, précité à la note 45.

⁴⁷ Précité à la note 42. Voir aussi : *F. v. A.*, 21 April, 2004, transcription, Superior Court of California, Placer County, [24/04/2004; Superior Court of California, Placer County (USA); First Instance] HC/E/USs 582 : [TRADUCTION] « La détermination de la résidence habituelle d'un enfant constitue une enquête factuelle intensive. »

⁴⁸ [1994] Fam 70, [1994] 1 FLR 82, [1994] Fam Law 70, [14/07/1993; High Court (England); First Instance] HE-E-Uke 117.

⁴⁹ Voir aussi : *D. v. D.*, 8 juin 1990, Court of session, HC-E-UKs 73.

l'autre parent ou d'une ordonnance de la cour déterminant les droits de résidence et de garde.

On invoque ici la possibilité que l'intention des parents ou même qu'un arrêt modifie la résidence habituelle d'un enfant; mais il est possible que cette affirmation ne soit qu'une généralité, selon laquelle les deux situations de fait en cause entraînent éventuellement en fait un tel changement, plutôt que l'affirmation selon laquelle ces deux éléments peuvent *directement* modifier la résidence en l'absence de changement de lieu.

De plus, certains arrêts contestent directement l'idée selon laquelle il s'agit d'une pure question de fait. Dans *Silverman v. Silverman*⁵⁰, la Cour d'appel du 8ème Circuit des États-Unis affirme :

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une question purement factuelle, à déterminer sans se référer au libellé de la loi et aux précédents jurisprudentiels établis. [...] [II] est impératif que les parents puissent évaluer l'état du droit sur la résidence habituelle et l'enlèvement et le non-retour illicites. 239 F.3d aux pp. 1072-73. Si l'on traite la résidence habituelle comme s'il s'agissait d'une question purement factuelle, qu'un juge individuel doit déterminer selon des circonstances individuelles uniques dans chaque cas, les parents ne pourront jamais deviner, encore moins déterminer, s'ils encourent le risque de perdre la garde en permettant à leurs enfants de faire des visites outre-mer ou en leur permettant de faire des voyages internationaux avec un époux dont ils sont séparés.

Règle 3 — Rôle de l'intention des parents

De profondes divergences jurisprudentielles existent quant au rôle que l'on peut donner à l'intention⁵¹. Une première interprétation, modérée, sans doute admise par tous les systèmes, permet que l'on s'en serve *exceptionnellement*, parmi les circonstances utiles pour éclairer des faits particulièrement difficiles (3-A). Une interprétation plus extrême, qui me semble propre à la common law, mais qui est contestée dans certains systèmes (comme le droit du Québec), considère que c'est une condition *normale* du changement de résidence (3-B).

Règle 3-A — L'intention des parents, précisée ou non par écrit dans un contrat, fait partie des circonstances dont on peut tenir compte pour savoir si un séjour en un lieu est temporaire ou non (en cas de doute) : l'approche subjective *exceptionnelle*

Voir ainsi : *C. v. C.*⁵².

[TRADUCTION] (Résumé : lorsque la présence de l'enfant dans un endroit n'a pas été longue, il convient de se concentrer sur l'intention mutuelle et expresse des parents au moment de leur déménagement en cet endroit.)

⁵⁰ 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003) [05/08/2003; United States Court of Appeals for the Eighth Circuit; Appellate Court] HC/E/USf 530.

⁵¹ Comme le notait justement la Cour dans *Harsacky v. Harsacky*, 930 S.W. 2d 410 (C.A. Kentucky), HC-E-USs 131 : [TRADUCTION] « Conformément au principe que la « résidence habituelle » doit être jugée au cas par cas, il n'est pas surprenant que les tribunaux n'aient pas été d'accord sur les facteurs qui sont déterminants [...] Il existe également un certain désaccord sur l'importance qu'il convient de donner aux intentions des parents quant à la résidence présente ou future pour déterminer la résidence habituelle de l'enfant au regard de la Convention ».

⁵² 25 May 1992, Tel Aviv District Court (Israel) HC/E/IL 357.

C'est en raison de la courte durée de séjour de l'enfant, et en tenant compte de son jeune âge (2 ans) qu'il devient nécessaire de tenir compte des intentions des parents pour comprendre le sens du séjour (temporaire ou non). Dans ce cadre d'analyse, on tient compte non seulement du passé mais aussi du futur.

Voir aussi : *Re A. (Abduction : Habitual Residence)* ⁵³ :

[TRADUCTION] Il est nécessaire de porter attention non seulement au temps que l'enfant était censé passer en Grèce, mais aussi au but de sa visite. Le temps était de six semaines au plus, le but était ce que j'ai décrit. Il comportait une finalité de la nature d'un contact de vacances, [...]. Comme je l'ai dit, ce contact devait permettre non seulement au père mais aussi à la famille étendue du père de voir l'enfant.

Voir de même, Cass Civ 1ère 16/12/1992 ⁵⁴ :

L'arrêt relève que les époux X... avaient prévu, avant leur départ [pour la France], que l'enfant repartirait avec sa mère au Canada; qu'il ajoute que M. X... ne rapporte pas la preuve d'un nouvel « arrangement familial » impliquant que son épouse et leur fils s'installent en France auprès de lui; qu'ainsi la cour d'appel répondant aux conclusions invoquées, a légalement justifié sa décision.

Mais certains arrêts sont allés plus loin et ont considéré que l'intention d'un ou des parents était un élément *nécessaire* au changement de résidence.

⁵³ [1998] 1 FLR 497, [13/08/1997; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 176).

⁵⁴ (N° de pourvoi : 91-13119), [16/12/1992; Cour de cassation, première chambre civile (France)], HC/E/FR 518, Dalloz 1993, p. 570 note J. Massip (rétention en France illicite car enfant résident habituellement au Canada, même si le père invoquait que « l'installation définitive de la famille en France étant imposée par ses propres impératifs professionnels, et que Mme X... était retournée au Canada pour des raisons de santé. Voir de même, *Ø.L.K.*, 5. April 2002, 16. afdeling, B-409-02, HC/E/DK 520 [05/04/2002; Østre Landsret (High Court, Eastern Division, Denmark); Deuxième instance] : la cour d'appel danoise prit un accord des parents en compte et estima qu'en application de cet accord, le séjour de l'enfant au Danemark n'était que temporaire (pendant l'hospitalisation de la mère) et ne devait pas durer plus d'un an. Ainsi l'enfant avait-elle conservé sa résidence habituelle en Angleterre. De même, dans *J. v. J.*, précité à la note 45, la Cour suprême administrative suédoise a tenu compte de l'accord entre les parties : [TRADUCTION] « [C]onformément à l'entente citée dans la cause et confirmée par la cour en Virginie, A. doit passer huit ans au total en Suède jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge de dix-huit ans, comparativement à quatre ans aux États-Unis. À la lumière de ce qui a été dit, la Cour suprême administrative a conclu que A. résidait habituellement en Suède le 20 août 1995 ».

Règle 3-B — Le changement de résidence nécessite la preuve de l'intention arrêtée d'abandonner l'ancienne résidence, PLUS celle de l'intention arrêtée de s'installer au nouveau lieu

Essentiellement, ces arrêts contestent l'idée selon laquelle les faits permettent directement de déterminer la résidence habituelle. Dans *F. v. A*⁵⁵, la cour refuse l'idée de constater la durée de temps passée en un lieu :

[TRADUCTION] M. F. tente d'étayer son point de vue selon lequel l'Italie est la résidence habituelle de C. en comptant le nombre de jours que l'enfant était en Italie plutôt qu'aux États-Unis. La résidence habituelle peut rarement se déterminer par le simple calcul des périodes de temps que l'enfant a passé en différents endroits. Un séjour plus long dans un endroit n'entraîne pas nécessairement la conclusion que l'endroit peut être qualifié de résidence habituelle de l'enfant. [...] Même si la cour reconnaît qu'un temps important a été passé en Italie, la présence dans un pays ne suffit pas à elle seule à déterminer la résidence habituelle. Elle doit être accompagnée d'un élément intentionnel qui s'apparente à une « intention arrêtée » (dans *Re Bates, infra*).

Dans cette conception, c'est plutôt l'intention derrière la durée qui permet de savoir où se situe cette résidence habituelle. Cet élément intentionnel est un état d'esprit propre aux parents qui permet d'affirmer l'existence d'une résidence habituelle⁵⁶. On adopte une conception relative, subjective du temps, en reconnaissant qu'il n'existe en principe aucune mesure objective de cette durée.

La citation essentielle en faveur de la conception subjective du temps vient de l'arrêt *R. v. Barnet London Borough Council ex parte Shah*⁵⁷, de Lord Scarman :

[TRADUCTION] [E]t il doit y avoir un élément d'intention arrêtée. Il peut y avoir une seule intention ou plusieurs. Elle peut être spécifique ou générale. Tout ce que le droit exige est qu'il y ait une intention arrêtée. Cela ne veut pas dire que la personne a l'intention de demeurer là où elle est indéfiniment. En réalité, l'intention quoique arrêtée peut n'être que pour une période limitée. L'éducation, les affaires ou la profession, l'emploi, la santé, la famille ou simplement l'amour de l'endroit viennent à l'esprit comme des raisons communes pour choisir une demeure régulière, et il peut y en avoir bien d'autres. Tout ce qui est nécessaire est que l'intention de vivre là où on le fait soit suffisamment constante pour être décrite convenablement comme arrêtée.

Dans *In Re Bates*⁵⁸, la Cour reprend ce test pour décider du lieu de la résidence habituelle d'une personne en le qualifiant de [TRADUCTION] « principe directeur qui permet de déterminer les éléments de la résidence habituelle ».

⁵⁵ Précité à la note 46.

⁵⁶ Voir *Harsacky v. Harsacky*, précité à la note 49.

⁵⁷ [1983] 2 A.C. 309, 314; [1983] 1 All E.R. 234.

⁵⁸ No. CA 122-89, High Court of Justice, Fam. Div'n Ct. Royal Court of Justice, United Kingdom (1989); dans *F. v. A.*, précité à la note 47, la cour californienne affirme, au sujet de cet arrêt, en reprenant la même citation : [TRADUCTION] « Malgré quelque vingt ans de jurisprudence des États-Unis en cette matière, la définition qui est largement acceptée par les tribunaux des États-Unis vient d'un arrêt du Royaume-Uni, *In Re Bates* ».

Dans *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights); C. v. S. (Minor)*⁵⁹, la Chambre des Lords énonce aussi⁶⁰ :

[TRADUCTION] Une personne peut, en une seule journée, cesser d'être une résidente habituelle du pays A si elle quitte avec l'intention ferme de ne pas revenir mais plutôt d'établir sa résidence à long terme dans le pays B. Une telle personne ne peut, toutefois, devenir habituellement résidente du pays B en un seul jour. Une période de temps appréciable et une intention arrêtée sont nécessaires pour lui permettre de devenir telle.

Plus récemment, voir *Al Habtoor v. Fotheringham*,⁶¹ où le juge Thorpe a affirmé à la page 966, paragraphe 37 :

[TRADUCTION] [...] M. Everall fait valoir que la juge a placé trop haut le critère à utiliser lorsqu'elle a conclu [...] « cette famille ne s'est jamais établie ». M. Everall fait valoir que le critère n'est pas de savoir si la famille s'était établie à Dubaï, mais si la résidence découlait d'une intention arrêtée, qui pourrait avoir été une intention de courte durée ou conditionnelle à des événements futurs.

Dans *Application of Ponath*, 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993) HC-E-Usf 144, le juge de district écrit que l'on ne pouvait considérer qu'une personne avait sa résidence habituelle en Allemagne alors qu'elle y était retenue malgré sa volonté : la seule présence en un lieu, pendant un certain temps, *sans aucune intention* de s'y trouver, ne peut constituer une résidence habituelle. L'élément intentionnel est donc essentiel dans cette conception.

Aux États-Unis, l'arrêt essentiel est celui rendu dans l'affaire *Mozes v. Mozes*, où la Cour d'appel fédérale américaine du 9ème Circuit,⁶² sous la plume du juge Kozinski, explique que l'élément temporel nécessaire pour déterminer si la résidence est habituelle ne peut être objectif, puisqu'il dépend de la période d'observation du juge : deux mois, plusieurs années, etc. D'où, selon lui, la nécessité de tenir compte de l'intention subjective des personnes concernées. Il adopte donc une vision subjective du temps, selon laquelle, plus l'intention est arrêtée (settled), moins la durée de présence au nouveau lieu doit être longue. La qualité de l'intention remplace la quantité de temps.

Néanmoins la dimension quantitative n'est pas totalement exclue dans cette conception, comme l'a reconnu la chambre des Lords dans *In Re J.*, du moins pour acquérir une nouvelle résidence, il faut aussi « période de temps appréciable ». Dans *Mozes v. Mozes*, le juge Kozinski affirme aussi :

[TRADUCTION] Quoique la décision de changer la résidence habituelle d'un enfant dépende de l'intention arrêtée des parents, on ne peut accomplir cette transformation par simple contemplation lointaine. Premièrement, il faut un changement géographique [...] Deuxièmement, il faut l'écoulement d'« une période de temps appréciable ». Voir *C. v. S. (Minor)* [...].

⁵⁹ Précité à la note 43.

⁶⁰ Voir aussi : *In Re B.* (Fam. Div. H.C.J. 21 octobre 1997, HK-E-Uke 39) : [TRADUCTION] « Il est [...] bien établi que la résidence habituelle désigne la demeure d'une personne dans un endroit ou un pays particulier qu'il a adopté volontairement et pour des intentions arrêtées dans le cadre de l'ordonnement régulier de sa vie pour le moment, qu'elle soit de courte ou longue durée ».

⁶¹ [2001] EWCA Civ 186, [2001] 1 FLR 951.

⁶² Précité à la note 16.

Cette relation est d'ailleurs susceptible d'être inversée : plus la durée de séjour en un lieu est longue, moins il est nécessaire de faire appel à l'élément qualitatif que représente l'intention arrêtée de s'installer en un lieu. La dimension qualitative ici touche la force de la volonté. Cette approche subjective est évidemment sujette à d'assez grandes difficultés de preuve, en entraînant à coup sûr des incertitudes, ce qui n'est pas souhaitable en cas d'enlèvement d'enfant. De plus elle semble difficilement applicable si les deux parents ont des intentions divergentes.

Mais le juge s'efforce de réduire cette incertitude en proposant quelques règles et en classant les situations en trois groupes : 1° la famille en tant qu'unité, avait une intention commune (*settled purpose*) de changer de résidence habituelle, même si l'un des parents a des remords ou hésite, 2° le séjour était clairement entendu comme temporaire ou 3° les cas intermédiaires où un parent a accepté que l'enfant séjourne à l'étranger pendant une période non fixée et qu'il n'existe pas de consensus réel, auquel cas on ne devrait pas admettre le changement de résidence. De façon générale, selon le juge Kozinski, en cas de désaccord des parents, il n'y a pas de « *settled intention* » permettant de changer la résidence de l'enfant rapidement.

Aux États-Unis, on doit encore citer l'arrêt de la Cour d'appel du 3^{ème} circuit rendu dans l'affaire *Feder v. Evans-Feder*⁶³ :

[TRADUCTION] Guidés par les objectifs et l'esprit de la Convention et aidés par les principes énoncés dans *Friedrich c. Friedrich* et *Re Bates*, nous pensons que la résidence habituelle d'un enfant est l'endroit où il est physiquement présent depuis une quantité de temps suffisante pour l'acclimatation et qui constitue un [TRADUCTION] « certain degré d'intention arrêtée », du point de vue de l'enfant.

⁶³ 63 F.3d 217, à la p. 224, (C.A. third circuit), 24 août 1995, HC-E-Usf 83.

Cette position est largement répandue dans les pays de common law.⁶⁴

Dans *A. v. A. (Child Abduction)*⁶⁵ la cour énonce :

[TRADUCTION] Je considère que lorsque Lord Brandon mentionne, dans la dernière phrase, qu'une intention arrêtée est nécessaire pour constituer la résidence habituelle, ce qu'il avait à l'esprit était l'intention arrêtée d'établir sa résidence à long terme dans le pays concerné. Ceci dit, à mon jugement, le simple fait d'une résidence de huit mois en Australie ne fait pas de ces enfants, ou de l'un quelconque parmi eux, ou du père ou de la mère, des résidents habituels de là-bas.

Dans cet arrêt, la cour affirme sans hésitation que *la simple durée de séjour ne suffit pas* sans l'élément intentionnel. Dans ces arrêts il est très clair que l'idée d'une intention arrêtée (settled purpose; purposeful design; mental element) est une *exigence essentielle* et non un élément supplémentaire, parmi d'autres, à utiliser dans des cas exceptionnels.

⁶⁴ Voir aussi : *Smith v. Central Auth.*, no. AP/98, High Court, Christchurch, New Zealand (2 mars 1999); *State Central Authority and McCall* (1995) FLC 92-552, [21/12/1994; Family Court of Australia at Melbourne; First Instance] HC/E/AU 279 : [TRADUCTION] « La résidence habituelle est une question de fait; il existe deux éléments – le fait de la résidence et l'intention de résider habituellement. [...] Les parents de C, ayant la responsabilité parentale, [...] sont les personnes qui peuvent conjointement formuler l'intention de mettre fin à la résidence habituelle de C en l'emmenant dans une autre juridiction. » Voir aussi : *C. v. C.* (Court of session, Inner House (2nd div.) 24 oct. 1995, HC-E-Uks 71; *Re J.S. (Private International Adoption)*, [2000] 2 FLR 638; [2000] 3 Fam Law 787 [06/07/2000; High Court (England); First Instance Court] HC/E/UKe 479. Dans cette curieuse affaire d'adoption, il a été jugé qu'une enfant n'étant restée que deux jours au Texas, lors de sa naissance, puis emmenée par des parents adoptifs en Angleterre où elle était restée cinq mois, n'y avait pas acquis de résidence habituelle mais avait conservé sa résidence au Texas. En effet, selon la cour anglaise, la simple présence ne suffit pas et il fallait une intention de la part de la personne qui avait un droit de garde sur l'enfant de faire de l'Angleterre sa résidence habituelle, ce qui n'était pas le cas. La cour écrit: [TRADUCTION] « Un enfant, certainement un enfant de l'âge de J.S., ne peut pas lui-même formuler une intention sur sa résidence ou même sur quoi que ce soit d'autre, de sorte que, selon la loi, la résidence habituelle de l'enfant doit être déterminée par les parents de l'enfant et, à défaut de cela, par quiconque a la responsabilité légale de l'enfant. [...] il m'a toujours semblé qu'il en résulte que le terme « résidence habituelle d'un enfant » porte sur une situation fondée non seulement sur la présence physique mais sur ce qu'on pourrait appeler un élément mental de la part du parent ou, en l'espèce, de l'institution qui a la responsabilité légale ». Voir aussi *D. v. D.*, [19/06/2001; First Division, Inner House of the Court of Session (Scotland); Appellate Court] HE-E-Uks 351. Dans cet arrêt, la Cour d'appel écossaise considère que des parents n'avaient pu acquérir une résidence habituelle en Suisse malgré leur déménagement en ce pays parce qu'ils n'avaient aucune intention commune quant à ce séjour. Voir encore : *Harsacky v. Harsacky*, précité à la note 51; *In Re A.* (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, HC-E-Uke 38; *Re B.* (Fam. Div. H.C.J. 27 juin 1994, HC-E-Uke 42; *Morris v. Morris*, 55 F.Supp.2d. 1156, 1159 (D.Colo. 1999) HC-E-Ufs 306; *Walton v. Walton*, 925 F.Supp. 453, HC-E-Ufs 132; *S. v. S.*, 27 September 1994, transcript, Family Court of Australia (Sydney) [27/09/1994; Family Court of Australia at Sydney; First Instance] HC/E/AU 230; *Artso v. Artso* (1995) FLC 92-566, [20/03/1991; Family Court of Australia at Dandenong; First Instance] HC/E/AU 252; *Laing v. Central Authority* (1996) FLC 92-709, [10/10/1996; Full Court of the Family Court of Australia (Sydney); Appellate Court] HC/E/AU 228.

⁶⁵ [1993] 2 FLR 225 [27/10/1992; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 161. Voir aussi : *Re S. (A Minor)*, 20 August 1996, High Court, transcript; *The Independent*, 14 October 1996, [20/08/1996; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 181; *Re O. (A Minor) (Abduction : Habitual Residence)* [1993] 2 FLR 594, [1993] Fam Law 514 [21/12/1992; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 159 : [TRADUCTION] « Elle, O., n'avait pas l'âge de formuler ses propres intentions en ce qui concernait l'acquisition d'une résidence habituelle en un lieu donné quelconque. Par conséquent, sa résidence habituelle était la même que la résidence habituelle de la mère sous la seule garde de laquelle elle était. »

Toutefois, dans *Re B. (Minors) (Abduction) (No 2)* ⁶⁶ le juge Waite distingue aussi cette exigence de celle nécessaire pour établir un nouveau domicile de la manière suivante :

[TRADUCTION] Le domicile et la résidence habituelle sont fondamentalement des concepts différents. L'acquisition d'un domicile choisi requiert une combinaison de résidence et d'intention de résidence permanente ou indéfinie (voir Dicey et Morris, *Conflict of Laws* (11 éd.), p. 128). Il faut un examen beaucoup plus fouillé pour déterminer ces éléments qu'il n'est approprié ou nécessaire de le faire lorsque la Cour considère le concept beaucoup plus simple de la résidence habituelle. Il s'agit d'un concept qui ne dépend que de la démonstration d'une intention arrêtée s'étant poursuivie pendant un temps appréciable. Il s'ensuit que le type détaillé d'enquête sur l'intention présumée qui caractérise les procédures sur le domicile ne convient pas lorsque la cour traite de la résidence habituelle. Dans ce dernier cas, il est normalement suffisant pour la cour de prendre un recul qui lui permette de saisir la situation dans son ensemble. Une intention arrêtée n'est pas quelque chose que l'on cherche à l'aide d'un microscope. Si elle existe le moins, elle doit ressortir clairement de l'impression générale. ⁶⁷

Face à cette position, d'autres arrêts, provenant essentiellement d'autres systèmes que celui de common law, estiment que l'intention d'un des parents ne suffit pas et qu'il faut se fier aux éléments de fait objectifs.

Ainsi, dans *C. v. M.*, ⁶⁸ la Cour d'appel administrative de Stockholm a décidé que, malgré le fait que la mère avait l'intention de revenir en Suède, sa fille ayant résidé plus de deux ans au Texas avant son déplacement, elle y avait conservé sa résidence habituelle.

⁶⁶ [1993] 1 FLR 993 à la page 989, HC/E/UKe 173.

⁶⁷ Dans le même sens voir *F. v. A.*, précité à la note 47; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)* [1998] 1 FLR 497, 13/08/1997; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 176; *In Re C.L. (A minor)*; *J.S. v. C.L.*, 25/08/1998; High Court (Northern Ireland); First Instance] HC/E/UKn 390.

⁶⁸ 18 December 1998, Administrative Court of Appeals (Stockholm, Sweden, [18/12/1998; Administrative Court of Appeals (Stockholm, Sweden)]; HC/E/SE 331. Voir aussi : *L. v. L.*, 26 June 1994, transcript (Unofficial Translation) Tel Aviv District Court, [26/06/1994; Tel Aviv District Court (Israel); First Instance], HC/E/IL 215 : (résumé : [TRADUCTION] la résidence habituelle ne se rapporte qu'à l'emplacement de l'habitation physique d'un enfant et non à l'emplacement de la résidence prévue pour le futur). Voir aussi les arrêts québécois étudiés plus bas : *Droit de la famille — 2454*, précité à la note 15; *Droit de la famille — 3451*, (C.A.); *Droit de la famille — 3713 (D.M.D. c. E.V)* (C.A.); *S.S.-C. c. G.C.*, (C.S.); *H.H.N. c. O.X.Ng*, (C.S.).

Mais même en common law, on trouve des arrêts néo-zélandais qui ne sont pas favorables à cette approche subjective ⁶⁹.

Finalement, il faut faire référence à l'arrêt *Armiliato v. Zaric-Armiliato* ⁷⁰. Le juge Pauley y présente à mon avis une synthèse très éclairante de tout le processus intellectuel auxquels les juges de common law font appel :

[TRADUCTION] comme le juge Kosinski l'a observé [TRADUCTION] « la manière la plus directe de déterminer la résidence habituelle de quelqu'un serait d'observer son comportement. *Mozes*, 239 F.3d à la page 1073. Cette détermination serait fondée strictement sur des critères objectifs tels que la durée pendant laquelle l'enfant a résidé dans un état et la question de savoir si sa vie avait pour centre un lieu déterminé. Cependant, le fait de n'évaluer que les critères objectifs pourrait fausser les résultats selon la période de temps étudiée. [...] Pour ne pas tomber dans de tels pièges, les tribunaux anglais requièrent [TRADUCTION] « un élément d'intention arrêtée » pour établir la résidence habituelle. L'« intention arrêtée » principale est difficile à appliquer à de jeunes enfants qui sont généralement incapables de formuler des raisons [...] Quoique l'« intention arrêtée » d'un petit enfant comme A soit insaisissable, le principe est informé par l'intention subjective de ceux qui ont le droit de fixer la résidence de l'enfant. [...] Déterminer l'intention lorsque les parents ne sont pas

⁶⁹ Ainsi dans *Secretary for Justice v. P., ex parte C.* [1995] NZFLR 827, [07/07/1995; District Court of New Zealand at Henderson; First Instance] HC-E-NZ 67, la cour de Nouvelle-Zélande, qui devait décider où était la résidence d'enfants ramenés par la mère dans ce pays, alors qu'ils étaient venus avec leur mère en Australie pour essayer de reconstituer la famille avec le père qui y habitait, a affirmé que les faits bruts pointaient vers une résidence en Australie, à la suite d'un séjour d'environ six mois en ce pays, même si la mère disait qu'elle avait seulement l'intention de faire un essai en Australie et qu'elle avait rapidement changé d'avis. La cour énonce : [TRADUCTION] « M. Keys a fait grand cas dans la présente affaire de l'état d'esprit et de l'intention du défendeur. Je pense qu'accorder un poids excessif à un critère subjectif tel que celui-ci comporte des dangers inhérents. Quoiqu'il y ait sans aucun doute place pour une enquête sur l'intention, je pense qu'il est préférable de faire reposer le poids prépondérant d'une enquête sur une approche objective. Prétendre le contraire conduirait à la présentation d'éléments de preuve avec le bénéfice du recul ». De même, dans *K.H. v. S.H., Wellington*, AP n. 359/94 (H. court of N.Z.), 12 avril 1995 (HC-E-NZ30), la High Court de Nouvelle-Zélande affirme en 1995 que des enfants résidaient habituellement en Californie avant leur déplacement par la mère en Nouvelle-Zélande, même si les statuts des parents aux États-Unis n'y étaient que temporaires. Elle affirme aussi sa nette préférence pour une approche objective, en prenant une certaine distance avec l'approche subjective prônée par les grands arrêts anglais : [TRADUCTION] « x. On m'a cité le jugement de Lord Brandon dans *C. v. S (minor: abduction : illegitimate child)* [1990] 2 All ER 961 à la p. 965. On y fait référence à l'intention arrêtée pour une période de temps appréciable avant que la résidence habituelle ne puisse se produire. Avec respect, il me semble que cela a pour effet de réintroduire certains des concepts qui ont été la source de tant de complications en matière de droit sur le domicile et qu'il ne convient pas, je pense, d'appliquer si possible. En dépit des difficultés en matière d'emploi et des problèmes d'argent, la mère et le père sont restés aux États-Unis et n'ont pas tenté de quitter pour quelque raison que ce soit. Je n'ai aucun doute dans mon esprit qu'il y avait une résidence habituelle, une résidence coutumière, constante, continue. » Finalement, dans *F. v. A*, précité à la note 47, la cour après avoir rappelé la citation fondamentale de *Ex parte Sha*, ajoute : [TRADUCTION] « L'intention pour laquelle une famille, ou un parent et un enfant, occupent un lieu peut jouer un rôle pour déterminer si le lieu peut être qualifié de résidence habituelle de l'enfant. Certainement, lorsqu'une mère et un père entretiennent l'intention conjointe et commune de s'établir dans un lieu pour une période de temps indéterminée ou pour une période de temps importante, il s'ensuit inévitablement une résidence habituelle. *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995) [FN22] ». Selon cette citation d'un récent arrêt américain, on peut voir dans l'élément intentionnel une simple constatation de fait, touchant une généralité, selon laquelle la commune intention mènerait inéluctablement en fait à l'établissement d'une résidence habituelle, plutôt qu'une exigence de droit absolue.

⁷⁰ No. 01 Civ. 0136 (WHP) (S.D.N.Y. May 3, 2001) 03/05/2001; United States District Court for the Southern District of New York; HC/E/USf 385.

d'accord sur la résidence habituelle de l'enfant est une tâche digne d'Augias. Dans de telles circonstances, il est nécessaire de porter attention, au-delà de l'intention subjective des parents, aux manifestations objectives de cette intention. [...] L'une des manifestations objectives de l'intention est la période de temps relative pendant laquelle les parties ont résidé dans la résidence habituelle alléguée. [...] La question de savoir si les parties ont résidé dans la résidence de manière temporaire ou conditionnelle est également significative. [...] Les mesures que les parents ont prises pour acclimater leur enfant à son environnement constituent une autre manifestation objective de l'intention de résider habituellement dans un endroit.

Ainsi, partant d'une approche purement objective, découlant du principe selon lequel la résidence serait une question de faits, le raisonnement y renonce rapidement à la suite d'une constatation qu'une telle approche est nécessairement teintée de subjectivisme, en faveur d'une franche analyse subjective, exigeant comme condition de droit une intention arrêtée. Mais comme une telle intention ne peut être appliquée directement dans le cas d'un enfant, il faut transférer la recherche au plan de l'intention que les parents ont à propos de leur enfant. On rencontre alors dans certains cas un autre problème, celui de la divergence des intentions parentales. Face à une impasse de l'approche subjective, il faut alors revenir vers une approche objective consistant à utiliser les faits objectifs, comme la durée de résidence, ou les efforts d'intégration de l'enfant dans le milieu, pris en tant que manifestations objectives de l'intention, pour prouver l'intention commune.

Donc on renverse l'analyse objective des faits à laquelle on se serait attendu pour choisir l'analyse subjective de l'intention des parents, analyse qui nécessite elle-même le recours aux éléments objectifs de faits pour découvrir ou non une intention commune relative à l'enfant⁷¹.

En définitive, toute cette gymnastique intellectuelle rapproche sensiblement la résidence habituelle de celle de domicile, même si l'intention recherchée ne porte pas sur une durée permanente : comme l'écrivait un auteur, il n'y a plus entre les notions qu'une question de degré, et non de nature.⁷² En plus de ses grandes difficultés et de l'imprévisibilité qui en résulte, c'est la raison pour laquelle la jurisprudence majoritaire du droit civil québécois refuse de se laisser entraîner vers cette analyse et subit le reproche d'avoir adopté une approche « superficielle » (Juge Kozinski).

On comprend en tout cas que la jurisprudence relative à cette condition est loin d'être claire, qu'il est difficile d'en tirer des règles certaines, mais que les deux tendances que nous avons relevées existent conjointement.

⁷¹ On peut encore citer dans le même sens l'arrêt de la cour d'appel de New York rendu dans l'affaire *Brennan v. Cibault*, 227 A.2d 965, 643 N.Y.S.2d (N.Y. App. Div. 1996) [31/05/1996; Supreme Court of New York, Appellate Division, Fourth Department; Appellate Court] HC-E-Uss 135.

⁷² *Cohen v. Cohen*, 158 Misc. 2d 1018, 602 N.Y.S.2d 994 (Sup. Ct. 1993) [10/08/1993; Supreme Court of the State of New York, Kings County (United States); First Instance] HC-E-USs 145. Dans cet arrêt, la cour utilise expressément les règles relatives au *changement de domicile*, pour décider que des enfants emmenés en Israël par leur père étaient restés habituellement résidents aux États-Unis : [TRADUCTION] « En utilisant une analyse empruntée des causes portant sur la question du domicile (évidemment très analogue à la « résidence habituelle »); il est bien établi qu'un domicile existant [on peut remplacer par résidence habituelle] se poursuit jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile [etc.] ». Toutefois, dans *David B. v. Helon O.*, 164 Misc. 2d 566, 625 N.Y.S.2d 436 (Fam. Ct. 1995) HC/E/USs 149 [08/03/1995; Family Court, New York County (United States); First Instance], la cour, dans une note, a affirmé que la position exprimée dans cet arrêt était contraire à la majorité des opinions faisant autorité.

Règle 4 — Réalité de l'enfant ou dépendance automatique envers les parents

Certains arrêts insistent sur la réalité de l'enfant plutôt que sur celle des parents. Mais la jurisprudence n'est pas unanime en ce sens. Il existe un fort courant en common law qui lie la résidence de l'enfant à celle du ou des parents qui en ont la garde ou l'autorité parentale. Finalement, une tentative de conciliation est possible entre ces deux positions.

Règle 4-A — En faveur de la réalité de l'enfant (child-centred model)

Ainsi, dans l'arrêt rendu par la Cour suprême administrative suédoise,⁷³ on a considéré comme condition à l'acquisition d'une nouvelle résidence le fait que l'enfant se soit intégré dans son nouvel environnement. De même, dans l'arrêt américain *Friedrich v. Friedrich*,⁷⁴ il est affirmé p. 1401 :

[TRADUCTION] Pour déterminer la résidence habituelle, la cour doit se concentrer sur l'enfant, non sur les parents, et examiner l'expérience passée, non les intentions futures [...] Une personne ne peut avoir qu'une résidence habituelle. À prime abord, la résidence habituelle concerne la résidence habituelle avant l'enlèvement. La Cour doit regarder vers l'arrière dans le temps, non vers l'avant.⁷⁵

Voir aussi *Panazatou v. Pantazatos*⁷⁶ :

[TRADUCTION] Certes, il est incontestable que les parties avaient l'intention de résider aux États-Unis en quelque moment du futur, mais la résidence habituelle ne peut pas être confondue avec le domicile. Pour déterminer la résidence habituelle, la Cour doit se concentrer sur l'enfant et examiner l'expérience passée, non les intentions futures. *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, 1401 (Sixth Circuit 1993). L'enfant a passé la plus grande partie de sa vie à Mykonos ainsi que les sept mois qui ont précédé le départ de la mère en septembre 1966 sans le consentement du père.

⁷³ *Supreme Administrative Court (Regeringsrätten) (Sweden), decision of 12 September 2001*, Case number 7624-2000, (Regeringsrätten), HC/E/SE 447.

⁷⁴ 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993).

⁷⁵ Voir aussi, reprenant cette citation : *Brennan v. Cibault*, précité à la note 71; *Schroeder v. Vigil-Escalera Perez*, 76 Ohio Misc. 2d 25, 664 N.E.2d 627 (Ohio Com. Pl. 1995) [09/11/1995; State of Ohio, Court of Common Pleas, Cuyahoga County, Domestic Relations (United States); First Instance] HC/E/USs 154; A. *Zucker v. P. Andrews*, District court, Mass., 10 avril 1998, HC-E-USf 122. Voir aussi *Falls v. Downie*, 871 F.Supp. 100 (D. Mass. 1994) [28/12/1994; United States District Court for the District of Massachusetts; First Instance] HC-E-USf 141, où la cour du Massachusetts a considéré qu'un enfant emmené dans cet État par son père avec l'accord de sa mère, restée en Allemagne, y avait acquis une résidence habituelle après huit mois : [TRADUCTION] « Pour déterminer la résidence habituelle, la cour doit tourner toute son attention sur l'enfant, non sur les parents, et examiner l'expérience passée, non les intentions futures. [...] Il faut la présence d'un « élément d'intention arrêtée ». [...] Dans la présente affaire, dès août 1994, ce garçon de vingt et un mois vivait aux États-Unis, avec le consentement de sa mère, et avec la perspective d'une continuation de résidence indéfinie, pendant huit mois. Il s'était complètement accoutumé à la vie dans ce pays avec son père et ses grands-parents; il connaissait à peine sa mère. Il contrevient par conséquent entièrement au sens commun de suggérer dans ces circonstances que P. était, à cette date, un résident « habituel » de l'Allemagne. » Voir aussi : *Slagenweit v. Slagenweit*, District Court, Iowa, 28 oct. 1998, HC-E-USf 143; *Paz v. Paz*, 169 F. Supp. 2d 254 (S.D.N.Y. 2001), [29/10/2001; United States District Court for the Southern District of New York; First Instance] HC-E-USf 414, conf. par United States Court of Appeals for the Second Circuit on 17 September 2002 : *Paz v. Paz* 47 Fed. Appx. 22; 2002 U.S. App.

⁷⁶ No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997) [24/09/1997; Superior Court of Connecticut, Judicial District of Hartford (United States); First Instance] HC-E-USs 97.

Règle 4-B — Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention (dependency model)

Au contraire, dans *Mozes v. Mozes*,⁷⁷ le juge Kozinski affirme sans hésitation :

[TRADUCTION] [...] l'affirmation globale selon laquelle observer la « réalité que vivent les enfants » rend complètement inutile de considérer l'intention des parents, Y.D., [1996] R.J.Q. à 2533, est insensée ».

De même, dans *C. v. S. (Minor)*⁷⁸, Lord Brandon a affirmé :

[TRADUCTION] « [...] lorsqu'un enfant de l'âge de J. est sous la seule garde légale de la mère, sa situation en ce qui concerne sa résidence habituelle est nécessairement la même que la sienne ».

Dans *In Re A.*⁷⁹ le juge suit les règles énoncées dans *In Re B. (minors : abduction) (No 2)* par le Juge Waite, considérées comme principes en common law⁸⁰ :

[TRADUCTION] « 1. La résidence habituelle des jeunes enfants des parents qui vivent ensemble est la même que la résidence habituelle des parents eux-mêmes et les parents ne peuvent, ni l'un ni l'autre, rien y changer sans le consentement expresse ou tacite de l'autre parent ou une ordonnance de la cour ».

Toutefois, certains juges remettent en question le sens de l'affirmation de ce lien entre parents et enfants. Refusant d'y voir un automatisme découlant du droit, ils y voient simplement une constatation générale de fait⁸¹.

⁷⁷ Précité à la note 16.

⁷⁸ Précité à la note 43.

⁷⁹ Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, HC-E-Uke 38.

⁸⁰ [1993] 1 FLR 993, p. 995. voir aussi : *Robertson v. Robertson* 1998 SLT 468, 07/05/1997; Inner House of the Court of Session (Second Division) (Scotland); HC/E/UKs 194 : [TRADUCTION] « Dans la présente affaire, étant donné le très jeune âge des enfants, la question cruciale était de savoir s'il avait ou non été établi que le père au 5 octobre 1996 avait consenti à ce que les enfants deviennent des résidents habituels de l'Allemagne »; *Re J.S. (Private International Adoption)*, précité à la note 63 : [TRADUCTION] « [...] il m'a toujours semblé qu'il en résulte que le terme « résidence habituelle d'un enfant » porte sur une situation fondée non seulement sur la présence physique mais aussi sur ce qu'on pourrait appeler un élément mental de la part du parent ou en l'espèce de l'institution qui a la responsabilité légale ».

⁸¹ Ainsi, dans *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008, [18/02/2002; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 470, le juge Hedley affirme, en faisant référence à l'arrêt *B. v. H. (Habitual Residence : Wardship)* [2002] 1 FLR 388, dans lequel le juge Charles avait affirmé que la résidence habituelle d'un enfant à la naissance est celle de ses parents : [TRADUCTION] « Si le juge Charles affirme comme un point de droit qu'un bébé prend la résidence habituelle de ses parents, alors cela revient à confondre le domicile avec la résidence habituelle et j'exprime mon désaccord avec respect. Si ce qu'il affirme est une proposition de fait, alors, par définition, cela ne peut être valable dans tous les cas. Chacun doit valoir de par lui-même. » Dans cette affaire de mère-porteuse résidant en Angleterre, la cour a refusé de considérer que les enfants nés en Angleterre et n'ayant jamais mis les pieds en Californie, avaient leur résidence habituelle en Californie du seul fait que leur père biologique y résidait et qu'il avait un certain droit sur eux.

Règle 4-C — L'intention arrêtée du point de vue de la perspective de l'enfant (the settled purpose must be from the child's perspective)

Finalement, il faut noter la position intermédiaire de la Cour d'appel du 3^{ème} Circuit des États-Unis, dans *Feder*⁸², qui exprime ainsi cette idée :

[TRADUCTION] « La résidence habituelle d'un enfant est le lieu où il est physiquement présent depuis une quantité de temps suffisante pour l'acclimatation et qui, dans l'optique de l'enfant, répond à [TRADUCTION] « un élément d'intention arrêtée » [...] Pour décider de la question de savoir si un lieu déterminé satisfait à cette norme, il faut avoir se concentrer sur l'enfant et procéder à une analyse des circonstances de l'enfant en ce lieu et des intentions communes actuelles des parents quant à la présence de l'enfant en ce lieu ».

Dans *Feder* la Cour applique ainsi cette règle :

[TRADUCTION] « E. a déménagé, avec sa mère et son père, de la Pennsylvanie en Australie où il était censé vivre pour au moins le futur prévisible et il y est resté pendant près de six mois, une période de temps significative pour un enfant de quatre ans. En Australie, E. fréquentait le préscolaire et il était inscrit à la maternelle pour l'année qui venait, participant à l'une des activités les plus centrales dans la vie d'un enfant. Quoique M. et Mme F. avaient une vision très différente de l'Australie, ils avaient tous les deux convenu de déménager dans ce pays et d'y vivre ensemble et avec leur fils, et ils ont fait ce que font des parents désireux de bâtir un nouveau foyer pour eux-mêmes et leur enfant — ils ont acheté et rénové une maison, poursuivi leurs intérêts et cherché des emplois et ont pris des arrangements pour la fréquentation scolaire de leur enfant immédiate et à long terme. Le fait que Mme F. n'avait pas l'intention de demeurer en Australie de manière permanente et qu'elle croyait qu'elle partirait si son mariage ne s'améliorait pas n'annule pas l'intention arrêtée du couple de vivre comme une famille à l'endroit où M. F. avait trouvé du travail ».⁸³

⁸² Précité à la note 63.

⁸³ Voir aussi *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003) [05/08/2003; United States Court of Appeals for the Eighth Circuit; Appellate Court] HC/E/USf 530. Dans cette affaire, la cour applique ainsi cette règle en estimant que le couple ayant eu l'intention de s'installer en Israël, il était faux de considérer que les hésitations de l'un des époux éliminait la possibilité d'une [TRADUCTION] « intention arrêtée : le fait qu'un époux ait une réticence lors d'un déménagement n'élimine pas l'intention arrêtée dans l'optique de l'enfant ». De même, dans *Delvoe v. Lee*, la cour considère que l'enfant né en Belgique n'y avait aucune résidence habituelle au motif suivant : [TRADUCTION] « Les parties n'ont jamais eu l'intention de faire de la Belgique leur résidence permanente et la naissance d'un enfant durant un court séjour là-bas pour épargner des dépenses médicales ne change pas « l'élément d'intention arrêtée » en ce qui a trait à la résidence habituelle de leur enfant ». De même, dans *Paz v. Paz*, précité à la note 75, la cour examine la réalité de l'enfant qui avait été déplacé de très nombreuses fois entre plusieurs pays pour décider qu'un séjour de 9 mois en Nouvelle-Zélande où elle avait été à l'école, n'établissait pas sa résidence habituelle, qui était restée au lieu de résidence de sa mère. Mais de plus, la cour estime que la mère n'avait pas l'intention de faire de la Nouvelle-Zélande la résidence habituelle de l'enfant et donc qu'il n'y avait pas d'intention commune en ce sens, ce qui place aussi cette décision dans cette tendance conciliatrice. Voir aussi *Schroeder v. Vigil-Escalera Perez*, 76 Ohio Misc. 2d 25, 664 N.E.2d 627 (Ohio Com. Pl. 1995) [09/11/1995; State of Ohio, Court of Common Pleas, Cuyahoga County, Domestic Relations (United States); First Instance] HC/E/USs 154.

Ce sont donc les « intentions relatives à la présence des enfants », et non celles relatives aux autres questions touchant la situation des parents, qu'il faut examiner.

Voir encore *Toren v. Toren* :⁸⁴

[TRADUCTION] « [...] la preuve présentée à la Cour montre clairement que la résidence habituelle des enfants était aux États-Unis [...]. Les deux parents s'attendaient à ce que les enfants vivent aux États-Unis pendant au moins quatre ans. [...] Il n'importe pas qu'ils aient l'intention de faire des États-Unis leur résidence permanente ou qu'ils aient intention lorsqu'ils sont venus ici de retourner en Israël en 2000. Habituellement, ce qui peut éventuellement se produire dans le futur n'est guère pertinent, ou même pas du tout, quant à la question de savoir si les enfants sont devenus tellement « établis » dans leur lieu de résidence que l'on puisse décrire celui-ci, au présent mais en référence au passé, comme leur résidence « habituelle ». [TRADUCTION] « La Cour doit regarder vers l'arrière dans le temps, non vers l'avant. »

Règle 5 — Durée requise pour la perte et l'acquisition de la résidence habituelle

Les arrêts ne sont pas unanimes non plus sur la durée en question.

Règle 5-A — La durée requise pour perdre la résidence habituelle

Les arrêts semblent accepter l'idée selon laquelle on peut perdre instantanément son ancienne résidence.

Cette proposition *a priori* étonnante (est-il si facile de perdre une habitude ?) ne peut se concevoir que si l'on adopte une approche subjective qui donne une importance cruciale à l'*intention future* de la personne pertinente⁸⁵. Par contre, il est plus difficile de perdre instantanément sa résidence si l'on examine le passé.

Ainsi, dans *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights); C. v. S. (Minor)*,⁸⁶ la Chambre des Lords a décidé qu'une enfant qui résidait en Australie jusqu'à son départ pour l'Angleterre, perdit sa résidence habituelle australienne le jour même de ce départ puisque sa mère, qui l'avait emmenée avec elle, était partie [TRADUCTION] « avec l'intention arrêtée de ne pas la retourner »⁸⁷.

Cependant, dans *Re S. (A Minor)*⁸⁸, la Chambre des Lords a considéré qu'une enfant emmenée depuis deux jours en Irlande par ses grands-parents, alors qu'elle résidait avant en Angleterre, n'y avait pas acquis une résidence habituelle parce que les grands-parents n'avaient aucune autorité parentale sur elle et donc aucun droit de changer sa résidence contre la volonté du père qui avait conservé cette autorité. La cour distingue donc les situations,

⁸⁴ 26 F. Supp. 2d 240 (D. Mass. 1998) [21/10/1998; United States District Court for the District of Massachusetts;] HC/E/USf 225 (décision infirmée pour un autre motif par *Toren v. Toren*, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999), INCADAT : HC/E/USf 584).

⁸⁵ E.M. Clive, « The concept of Habitual Residence », [1997] *Juridical Review* 137, 142.

⁸⁶ Précité à la note 43.

⁸⁷ Voir dans le même sens : *Al Habtoor v. Fotheringham*, précité à la note 61. De même, dans *In Re A.* (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, HC-E-Uke 38), le juge considère que la famille, qui résidait en Angleterre du fait que le père, un militaire, était affecté jusque là dans ce pays, pendant 5 ans, avait perdu instantanément cette résidence à partir du moment où on l'avait transféré en Islande, même si les enfants avaient plutôt résidé au Michigan quelques 3 mois, en transit, avant de se rendre en Islande.

⁸⁸ [1998] AC 750, [24/07/1997; House of Lords (England); HC/E/Uke 3].

comme celle de *Re J.*, où le déplacement est le fait d'une personne ayant un droit sur l'enfant, de celle où cela n'est pas le cas.

Il faut supposer que la raison en est qu'on s'attend à ce que la personne ayant le droit de changer la résidence habituelle va effectivement pouvoir le faire de façon permanente alors que la résidence modifiée par une personne sans droit ne sera que temporaire car sujette à contestation.

Règle 5-B — La durée requise pour l'acquisition de la nouvelle résidence habituelle : « l'établissement de la résidence exige un certain temps de présence au nouveau lieu »

Selon certains arrêts, la durée doit être « significative » ou « appréciable ». Le précédent habituellement cité dans les pays de common law est l'arrêt *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights); C. v. S. (Minor)*⁸⁹ :

[TRADUCTION] Une personne peut, en une seule journée, cesser d'être une résidente habituelle du pays A si elle quitte avec l'intention ferme de ne pas revenir mais plutôt d'établir sa résidence à long terme dans le pays B. Une telle personne ne peut, toutefois, devenir habituellement résidente du pays B en un seul jour. Une période de temps appréciable et une intention arrêtée sont nécessaires pour lui permettre de devenir telle.

Mais on retrouve les mêmes hésitations quant à cette durée. Ceci s'explique dans la mesure où soit on considère qu'il s'agit de déterminer une situation factuelle d'intégration (alors l'intégration dépend de multiples circonstances, comme l'ouverture du nouveau milieu aux étrangers, etc., les structures d'accueil) soit on fait intervenir un élément intentionnel, qui lui-même dépend des circonstances (pour quel motif le déplacement a lieu, etc.). En effet, la plupart des arrêts examinent ce qui s'est déroulé dans le passé au moment du déplacement. Mais d'autres, en common law, tiennent compte aussi du futur (c'est-à-dire de l'intention future des parents, en définitive).

On peut avancer que, pour les arrêts tenant compte de l'intention des parents, plus une intention est prononcée, plus le temps d'acquisition sera court.⁹⁰

Dans *S. v. O.D.*⁹¹, la Cour de district de la Nouvelle-Zélande a même affirmé qu'une résidence habituelle pouvait s'acquérir *immédiatement* en Australie, dans des circonstances où l'intention des parents était que l'enfant reste de manière indéfinie avec le père en Australie :

[TRADUCTION] Il est bien établi que la résidence habituelle d'un enfant de l'âge de A. doit être la résidence habituelle du parent qui en a la garde. Il est incontestable que M. S. est un résident habituel de Queensland depuis quelques années. Je suis d'avis que lorsque A. a quitté la Nouvelle-Zélande avec le consentement de sa mère pour rester indéfiniment avec son père, son pays de résidence habituelle a changé immédiatement.

⁸⁹ Précité à la note 43.

⁹⁰ P. Rogerson, « Habitual Residence: The New Domicile? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 86, 91. Ainsi, dans *Secretary for Justice v. D.*, [08/07/1994; District Court of New Zealand at Auckland; First Instance] HC/E/NZ 251, la Cour a considéré que des enfants, qui étaient depuis 5 mois en Écosse, avant leur retour forcé organisé par leur mère en Nouvelle-Zélande, avaient acquis une résidence habituelle en Écosse, étant donné les faits et en considération du fait que, lorsque leur père les avait emmenés de la Nouvelle-Zélande en Écosse, il existait un accord des parents selon lequel le déménagement dans ce pays serait permanent.

⁹¹ 14 February 1995, [14/02/1995; District Court of New Zealand at Hamilton; First Instance] HC/E/NZ 250.

À mon avis, de telles circonstances sont correctement et nécessairement distinctes de la situation où un parent emmène l'enfant dans un nouveau pays (comme c'était le cas dans *In Re J.*) et dans les présentes circonstances il n'y aura pas de « période de temps appréciable » avant que l'enfant devienne un résident habituel du pays où on l'amène.⁹²

On trouve bien sûr des arrêts statuant en sens opposé, mais les circonstances étaient différentes⁹³.

Selon certains commentaires⁹⁴, on pourrait déceler deux tendances à ce sujet, qui s'expliquent si l'on considère qu'elles reflètent des situations où l'intention des parents est plus ou moins arrêtée.

a) lorsque le déménagement est pour une durée indéterminée ou potentiellement indéterminée, il est généralement décidé que l'enfant a perdu sa résidence habituelle d'origine et qu'il a même pu acquérir une nouvelle résidence habituelle (l'intention de partir est assez nette)⁹⁵.

b) par contre : lorsque le déménagement n'est prévu que pour une durée limitée, même longue, il a pu être décidé que l'enfant avait gardé son ancienne résidence habituelle pendant toute la durée du séjour à l'étranger (l'intention de ne pas s'installer définitivement est ici plus forte que les faits bruts)⁹⁶.

⁹² Dans *C. v. T.* [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001; Family Court at Taupo (New Zealand); First Instance] HC/E/NZ 413, de même on admet le changement immédiat de résidence habituelle en raison d'un accord entre parents en ce sens : [TRADUCTION] « La résidence habituelle de J. a changé dès qu'il a quitté l'Australie pour résider avec son père indéfiniment ».

⁹³ *Ø.L.K.*, 5. April 2002, 16 Afdeling, B-409-02, HC/E/DK 520 [05/04/2002; Østre Landsret (High Court, Eastern Division, Denmark); Deuxième instance] : la durée de séjour d'un an au Danemark n'avait pas suffi pour changer la résidence de l'enfant qui était restée en Angleterre, en présence d'un accord des parents en ce sens. Voir aussi *R. and R.*, 7 January 1999, Juvenile Court of Rome (Italy), Nr. 2450/98 E, [07/01/1999; Juvenile Court of Rome (Italy); First Instance], HC/E/IT 297; *A. v. S.*, 27 June 1996, Venice Juvenile Court (Italy), [24/06/1996; Venice Juvenile Court (Italy); First Instance], HC/E/IT 300 (6 mois en Italie considérés insuffisants pour changer la résidence ancienne située en Californie); *Public Attorney v. J.S.*, Case No. 778/2001, [25/09/2001; Tribunal Judicial de Santa Maria da Feira (Portugal); First Instance], HC/E/PT 410; *8Ob121/03g*, *Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche)*, 30/10/2003, HC/E/AT 548 [30/10/2003; Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche); Jurisdiction suprême]

⁹⁴ Sous l'arrêt danois *Ø.L.K.*, 5. April 2002, 16 Afdeling, B-409-02, HC/E/DK 520.

⁹⁵ *Re H. (Abduction : Habitual Residence : Consent)* [2000] 2 FLR 294; [2000] 3 FCR 412 [Référence INCADAT : HC/E/UKe 478]; *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25 [Référence INCADAT : HC/E/UKs 71]; *Moran v. Moran* 1997 SLT 541 [Référence INCADAT : HC/E/UKs 74].

⁹⁶ *Callaghan v. Thomas* [2001] NZFLR 1105 [Référence INCADAT : HC/E/NZ 413]; *Morris v. Morris*, précité à la note 64; *Moses v. Moses*, précité à la note 16.

Règle 6 — Continuité d'une résidence habituelle

Cette exigence se retrouve dans plusieurs arrêts.⁹⁷ Ainsi, par exemple, dans *C. v. T.*⁹⁸ la cour affirme :

[TRADUCTION] Une certaine continuité est nécessaire pour que l'on puisse décrire la résidence habituelle comme établie. Se référer à Sir Stephen Brown dans *V. v. B. (a minor) (abduction)* [1991] 1 FLR 266 à la page 271.

Règle 7 — Absence ou multiplicité de résidence habituelle

Règle 7-A — Possibilité d'absence de résidence habituelle

Alors que la jurisprudence considère en général qu'il est important que l'enfant ait toujours une résidence habituelle afin de le protéger selon les dispositions de la Convention de 1980,⁹⁹ on trouve des arrêts qui admettent clairement qu'un enfant puisse n'avoir aucune résidence habituelle.

Ainsi, dans *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)*,¹⁰⁰ le juge Hedley affirme que l'enfant qui n'avait jamais été présent en Californie ne pouvait pas y être résident habituellement, mais qu'il n'était pas non plus résident habituel en Angleterre, même si sa mère (porteuse) avec qui il résidait, résidait habituellement en Angleterre. Il n'avait donc aucune résidence habituelle.

Règle 7-B — Possibilité de multiplicité de résidences habituelles

De même, certains arrêts ont dénoncé cette possibilité de multiplicité de résidences habituelles parce que cela détruirait la logique sous-jacente à la protection prévue dans la Convention.¹⁰¹ Mais d'autres ont théoriquement admis cette possibilité, de manière exceptionnelle.

⁹⁷ *In Re A.* (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, HC-E-Uke 38); dans *Armiliato v. Zaric-Armiliato*, précité à la note 69, la cour new yorkaise, pour décider qu'une petite fille n'était pas habituellement résidente à New York, mais que cette résidence se trouvait à Gène, énonce : [TRADUCTION] « La question de savoir si les parties ont résidé dans la résidence de manière temporaire ou conditionnelle est également pertinente. [...] Quoique A. ait voyagé dans le monde et qu'elle soit parfois restée à l'étranger jusqu'à deux mois, elle revenait continuellement à Gênes, en Italie. De plus, le but du voyage de A. était généralement d'accompagner son père lorsque celui-ci se produisait. Les engagements d'opéra de M. A. étaient temporaires et finis. »

⁹⁸ [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001; Family Court at Taupo (New Zealand); First Instance] HC/E/NZ 413.

⁹⁹ *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548 [INCADAT : HC/E/UKe 40]; *Cooper v. Casey* (1995) FLC 92-575 [INCADAT : HC/E/AU 104].

¹⁰⁰ Précité à la note 81. De même, dans *D. v. D.*, [19/06/2001; First Division, Inner House of the Court of Session (Scotland); Appellate Court] HE-E-Uks 351, la cour semble implicitement avoir admis qu'un enfant pouvait ne pas avoir de résidence habituelle pendant un certain temps. Voir aussi : *Robertson v. Robertson* 1998 SLT 468, 07/05/1997, Inner House of the Court of Session (Second Division) (Scotland) [INCADAT : HC/E/UKs 194]; *Delvoe v. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003) [INCADAT : HC/E/USf 529]; *F v. A*, précité à la note 47.

¹⁰¹ Voir par exemple : *Morris v. Morris*, précité à la note 64.

On trouve aussi des arrêts qui admettent un roulement de résidences habituelles *consécutives* selon les périodes de présence de l'enfant auprès d'un parent ou de l'autre découlant d'un accord entre eux.¹⁰²

2.C Sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants

Alors que certains essais de définition furent proposés lors de son élaboration, il a été jugé préférable de ne pas adopter une définition de la résidence habituelle spécifique pour cette Convention.¹⁰³ C'est par conséquent la même notion qui doit être retenue pour la Convention de 1996 que pour celle de 1980.¹⁰⁴

Toutefois, étant donné que cette notion sera alors utilisée aussi au plan de la loi applicable, il est indispensable de ne pouvoir trouver qu'une seule résidence habituelle, puisque la multiplicité de lois contradictoires ne peut être acceptée. C'est pour cette raison que la Convention s'efforce de régler les conflits mobiles résultant du changement de résidence et que les problèmes de détermination de cette résidence n'ont pas fini de tourmenter les juges. L'acquisition de la nouvelle résidence n'est pas définie dans le cadre de la Convention de 1996, mais son Article 7 admet, de façon alternative, que l'autorité du nouveau lieu sera compétente si l'enfant y réside pendant une période d'un an après que la personne qui en avait la garde a connu ou aurait dû connaître le déplacement *et* si l'enfant s'y est intégré.

Ainsi la Convention ne prend pas parti sur les règles relatives au changement de résidence. Le rapport explicatif du professeur Lagarde énonce simplement qu'il s'agit d'une *question de fait* (comme en droit québécois, voir règle 2) et *qu'il est possible de perdre instantanément sa résidence habituelle*¹⁰⁵ et *d'acquérir instantanément une nouvelle résidence habituelle*.¹⁰⁶ Mais la Commission chargée du projet de convention a refusé de « quantifier la période de temps qui serait nécessaire à l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle ». ¹⁰⁷ La même règle a été énoncée en droit québécois (voir règle 5). Cependant, *en cas de déplacement illicite*, donc d'enlèvement, l'année de résidence prévue à l'Article 7 ne suffit pas si l'on peut prouver que l'enfant ne s'est pas intégré (ce serait la même solution au Québec, voir règle 5); parallèlement, selon la Convention, une intégration prouvée, sans une période d'un an de résidence n'est pas suffisante non plus (la solution serait différente au Québec où il n'existe aucune durée minimale de séjour, voir règle 5). De plus, l'Article 7 reconnaît implicitement que ces deux critères ne sont pas exclusifs, puisqu'en plus de l'acquisition de la résidence

¹⁰² *In the Matter of V.*, H.C.J. Fam. Div. 28 juin 1995, HE-E-Uke 45; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)* [1998] 1 FLR 497 [13/08/1997; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 176) : [TRADUCTION] « Il ne fait bien sûr aucun doute qu'une personne, y compris un enfant, peut avoir une résidence habituelle dans deux pays différents à différents moments de l'année. [...] Par conséquent, le fait que l'enfant ait pu résider habituellement en Angleterre avant d'être emmené en Grèce et qu'il ait pu résider de nouveau en Angleterre après son retour de Grèce n'empêche pas qu'il ait entre-temps résidé habituellement en Grèce.

¹⁰³ E.M. Clive, « The concept of Habitual Residence », [1997] *Juridical Review* 137, note 2; Rapport explicatif de la Convention du 19 octobre 1996 de P. Lagarde, p. 552 au n° 40.

¹⁰⁴ D'ailleurs, cette nouvelle convention modernise l'ancienne Convention sur la protection des mineurs; or la Cour suprême d'Autriche a affirmé le 30 octobre 2003 (8Ob121/03g, Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche), 30/10/2003, HC/E/AT 548 [30/10/2003; Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche); Jurisdiction suprême]) que le concept de résidence habituelle de la Convention de La Haye de 1980, est interprété de la même façon que dans l'[ancienne] Convention de La Haye sur la protection des mineurs.

¹⁰⁵ Rapport explicatif, pp. 554, n. 44 et 556, n. 47.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 552 au n. 41.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 552 au n. 41.

habituelle au nouveau lieu (« et que », de l'alinéa 1), on doit prouver l'un ou l'autre de ces éléments.

De même, l'absence de résidence habituelle est réglée dans la Convention par l'Article 6 qui la remplace par la simple présence, comme le fait l'art. 78 al. 2 C.c.Q., au sujet du domicile.¹⁰⁸

¹⁰⁸ On doit noter qu'en droit québécois, les mesures de protection de l'enfant dépendent, non pas en principe de la loi de sa résidence habituelle, mais de celle de son domicile, qui n'est pas toujours situé au même endroit que sa résidence, selon une certaine interprétation (que nous avons critiquée) de la Cour d'appel de l'art. 80 C.c.Q. De toute manière, en droit québécois, les mesures de protection dépendent quand même souvent de la loi du for, comme dans la Convention, mais pas toujours, puisque le tribunal compétent est celui du domicile de l'enfant pour ce qui concerne la garde (art. 3142 C.c.Q.) ou encore du domicile de l'une des personnes concernées (art. 3141 C.c.Q., applicable subsidiairement en matière d'autorité parentale). De plus, tout comme dans la Convention, des dispositions spéciales prévoient la compétence du tribunal du for en cas d'urgence ou pour protéger le mineur ou ses biens (art. 3138 et 3140 en matière de compétence juridictionnelle et 3084, 3085 C.c.Q., en matière de conflit de lois).

Question 3 : Différences d'interprétation de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 ?

On envisagera méthodiquement 1) les *principes généraux d'interprétation* de la résidence habituelle dans le cas de notions d'origine conventionnelle (3.A), puis 2) les règles spécifiques développées par la jurisprudence relative à cette notion lorsqu'elle a pour origine le cadre conventionnel de la Convention de La Haye (3.B).

3.A Quant aux principes généraux d'interprétation de la résidence habituelle

Dans l'arrêt *V.W. c. D.S.*,¹⁰⁹ la Cour suprême du Canada précise ainsi les rapports entre droit québécois et droit conventionnel au par. 28 :

Comme la situation au Québec se distingue de celle du Manitoba en ce que la Loi a pour unique but de donner effet à la Convention [de 1980], même si elle n'en adopte pas intégralement le texte, il ne peut pas co-exister deux régimes indépendants au Québec. Au contraire, l'interdépendance entre la Convention et la Loi est consacrée tant par le préambule de la Loi qui précise que « le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention », que par son article premier qui pose les objectifs communs de la Loi et de la Convention... À mon avis, l'interdépendance entre la Convention et la Loi invite donc à une interprétation des art. 3 et 4 de la Loi qui donne plein effet à l'objectif de la Convention...

De même dans *Droit de la famille — 2454*, M. le juge Chamberland, en cour d'appel, énonce, au sujet de la résidence habituelle dans une situation d'enlèvement international aux par. 49 et 50 :

C'est donc à la lumière des objectifs et de la philosophie de cette Convention qu'il nous faut analyser les dispositions pertinentes de la Loi et les appliquer aux circonstances de l'espèce. [...] La Convention étant un traité international, il faut se mettre en garde pour ne pas donner aux concepts qu'elle véhicule une interprétation qui s'éloignerait de l'interprétation généralement reconnue par la communauté internationale, de crainte, bien évidemment d'en diminuer l'efficacité au détriment, à plus ou moins long terme, de ceux qu'elle vise à protéger, les enfants. La solidarité internationale en matière de protection des enfants commande une interprétation relativement uniforme de la Convention partout dans le monde.

Ainsi, dans cette conception, il est jugé souhaitable que l'on interprète les notions utilisées dans la Loi québécoise à la lueur des objectifs de la Convention plutôt que selon les conceptions purement civilistes du Code civil, *en cas de divergence*.

¹⁰⁹ [1996] 2 R.C.S. 108.

Dans ce même arrêt *Droit de la famille* — 2454, M. le juge Chamberland cite plusieurs arrêts anglais et américains ayant interprété la Convention et cherche lui-même à déterminer la valeur de « précédent déterminant dans la manière d’interpréter la Convention et la Loi » des arrêts en question.

Donc en droit québécois, afin de répondre aux objectifs de la Convention, l’interprétation donnée à la notion de résidence habituelle doit suivre la tendance internationale, plutôt que d’adopter une interprétation autonome, pour atteindre une relative uniformité. Dans cette optique, certains juges québécois, au moins au niveau de la Cour d’appel, se sont efforcés d’étudier comment la notion était interprétée par les tribunaux étrangers. On n’hésite donc pas à citer des précédents étrangers, même si en pratique, on utilise normalement les précédents locaux. Mais, comme dans le domaine, cet arrêt *Droit de la famille* — 2454, est l’un des arrêts essentiels, les arrêts étrangers qu’il cite sont devenus aussi des références en droit québécois, tels qu’interprétés par nos juges, qui conservent quand même un esprit critique.

3.B Quant aux règles spécifiques de la résidence habituelle

La plupart des propositions qui suivent (sauf la proposition 8) sont clairement affirmées en droit québécois et dans la jurisprudence disponible des autres pays. Leur interprétation reste assez homogène (propositions 1, 2, 3.1, 5.1, 6, 7.1). Mais certaines, sujettes à des positions assez divergentes, ne sont pas toujours envisagées de la même manière au Québec et ailleurs (propositions 3.2, 4, 5.2, 5.3, 7.2).

Proposition 1 — La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel des mots

Cette règle est adoptée au Québec par la Cour d’appel dans l’arrêt *Droit de la famille* — 3713 (*D.M.D. c. E.V.*)¹¹⁰ et dans les pays de common law dans lesquels *Re J. (A Minor)* (*Abduction : Custody Rights*); *C. v. S. (Minor)*¹¹¹ est considéré comme un « arrêt-clé ».

Au Québec, le sens ordinaire de cette expression « résidence habituelle » est le suivant : l’endroit où l’on demeure généralement, ordinairement, de manière permanente. Les quelques définitions que nous avons trouvées exprimées dans les autres pays nous laissent croire qu’il n’y a à ce sujet aucune différence entre la conception québécoise et celle des autres pays.

Toutefois, dans tous les systèmes, on admet que cette règle du sens ordinaire est insuffisante, notamment lorsque les personnes en cause voyagent beaucoup ou que la durée de vie d’un enfant est trop courte, au moment du litige, pour qu’une habitude se dégage. Il a donc été nécessaire d’ajouter d’autres règles pour traiter ces cas difficiles.

Proposition 2 — Continuité d’une résidence habituelle

La résidence pour être « habituelle » ne doit pas être occasionnelle et doit comprendre une certaine continuité de séjour. Du point de vue de la logique, on devrait simplement voir dans cette règle une composante même de la définition de la résidence « habituelle » (qui doit être « permanente »). Toutefois la jurisprudence tant québécoise qu’étrangère semble parfois y voir une règle autonome, touchant la fréquence ou l’aspect quantitatif du rattachement. Nous

¹¹⁰ Précité à la note 14.

¹¹¹ Précité à la note 43.

ne voyons pas de différence en tout cas entre la condition québécoise et celle retenue dans les autres pays qui la font respecter.¹¹²

Proposition 3 — La résidence est une question de fait, dépendant des circonstances

Proposition 3.1 — La résidence est une question de fait

Cette règle est admise au Québec¹¹³ et dans les autres systèmes.¹¹⁴ On admet dans tous les systèmes (dans *L.Y.P. c. M.E.*,¹¹⁵ la Cour supérieure du Québec se fonde en 2004 sur une décision néo-zélandaise¹¹⁶) qu'elle ne dépend pas directement de la situation légale d'une personne, notamment du point de vue de l'immigration.

Proposition 3.2 — La résidence dépend des circonstances

Les *circonstances* qui permettent de déterminer la résidence font l'objet de divergences. On admet que le tribunal puisse « examiner la situation plus globalement, en allant au-delà de la situation purement factuelle » dans les divers systèmes, que la durée d'un contrat de travail puisse en faire partie. Un accord de volonté entre les parents, notamment relatif à une garde partagée, fait aussi partie des circonstances qui permettent cette détermination. On s'accorde à admettre que cet accord puisse être pris en considération en tant que *fait juridique*.¹¹⁷

Mais il existe des divergences sur la possibilité que ce type de fait juridique puisse *directement* déterminer la résidence habituelle d'un enfant. Le rapport intitulé « Report of the Third Special Commission meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997) » au par. 16, s'oppose à ce que la résidence habituelle dépende d'un accord entre parents qui ne correspondrait pas à la réalité factuelle. Mais certains passages d'arrêts de pays de common law pourraient être compris en sens contraire. On laisse entendre qu'un désaccord entre parents, une absence de contrat tacite ou exprès, ne peut modifier la situation.¹¹⁸ Le droit québécois ne peut certainement pas être rangé du côté de ceux qui admettraient un tel rôle à la volonté des parents. À moins qu'il ne s'agisse de simples constatations générales, selon lesquelles il est un fait qu'inéluctablement, *en rétrospective*, un accord entre parents *indirectement* aboutit à modifier la résidence habituelle de l'enfant, alors qu'un désaccord entre eux ne le peut pas (ce qui est certainement faux en droit québécois).

¹¹² Voir ainsi : *Droit de la famille — 3713 (D.M.D. c. E.V.)*, précité à la note 14; *C. v. T.* [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001; Family Court at Taupo (New Zealand); First Instance] HC/E/NZ 413; *In Re A.* (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, HC-E-Uke 38); *Armiliato v. Zaric-Armiliato*, précité à la note 70.

¹¹³ *Droit de la famille — 2454*, précité à la note 15.

¹¹⁴ *W. v. O.*, 14 June 1995, 14/06/1995; Argentine Supreme Court of Justice, HC/E/AR 362; *R. and R.*, 7 January 1999, Juvenile Court of Rome (Italy), Nr. 2450/98 E, 07/01/1999, HC/E/IT 297; *J. v. J.*, précité à la note 45; *C. v. S. (Minor)*, précité à la note 43; *F. v. A.*, précité à la note 47.

¹¹⁵ [2004] J.Q. n. 13967 (C.S.).

¹¹⁶ *H. v. H.*, précité à la note 18.

¹¹⁷ Voir ainsi *Cass Civ Ière 16/12/1992* (N° de pourvoi : 91-13119), 16/12/1992; Cour de cassation, première chambre civile (France); HC/E/FR 518, *J. v. J.*, précité à la note 45.

¹¹⁸ Ainsi, dans *Re S. (Minors) (Abduction : Wrongful Retention)* [1994] Fam 70, [1994] 1 FLR 82, [1994] Fam Law 70, [14/07/1993; High Court (England); First Instance] HE-E-Uke 117, la Cour a affirmé : [TRADUCTION] « [I] me semble évident que lorsque les deux parents ont des droits de garde égaux aucun acte unilatéral de l'un d'eux ne peut changer la résidence habituelle des enfants, sauf en vertu du consentement ou de l'acquiescement avec le temps de l'autre parent ou d'une ordonnance de la cour déterminant les droits de résidence et de garde ». Voir aussi : *D. v. D.*, 8 juin 1990, Court of session, HC-E-UKs 73.

Proposition 4 — Le rôle de l'intention des parents

D'assez profondes divergences jurisprudentielles existent quant au rôle que l'on peut donner à l'intention des parents, à un point tel que la jurisprudence québécoise a été directement critiquée par l'arrêt considéré comme le plus influent dans la jurisprudence des États-Unis.

Proposition 4.1 — Approche subjective exceptionnelle : l'intention arrêtée des parents appartient aux circonstances de fait

Cette tendance jurisprudentielle se manifeste dans les pays de droit civil ou autres¹¹⁹ aussi bien que dans ceux de common law.¹²⁰

Au Québec, de façon ambiguë, la Cour d'appel semble admettre cette position modérée selon laquelle, *exceptionnellement* on peut tenir compte de cet élément subjectif de manière qualitative, à titre de circonstance, dans des cas difficiles où la durée de séjour au nouveau lieu est difficile à comptabiliser au plan quantitatif.

En effet, en Cour d'appel, dans *Droit de la famille — 2454*, l'intention de la mère de ne rester en Californie que pour trois ans *n'était pas pertinente* pour déterminer la résidence habituelle des enfants et le juge Chamberland précise au par. 64 :

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle »; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, *les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas* lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

Cependant, paradoxalement, M. Le juge Chamberland dans *Droit de la famille — 2454* cite l'arrêt anglais *In Re Bates*,¹²¹ en expliquant que la Cour y propose alors le test que nous avons cité plus haut, faisant référence au « settled purpose ». ¹²² Semblant l'appliquer, le juge en déduit qu'en l'espèce le couple en cause était bien « établi » en Californie. On peut avancer que dans cette analyse le *purpose*, le but du séjour entre en ligne de compte pour déterminer **non pas** si la résidence **existe**, mais si elle est **habituelle**, suffisamment continue pour constituer une **intention arrêtée**.

De plus, selon le juge Chamberland, en obiter au par. 64 :

¹¹⁹ *Cass Civ 1ère* 16/12/1992 (N° de pourvoi : 91-13119), 16/12/1992; (France) HC/E/FR 518; *Ø.L.K.*, 5. April 2002, 16 Afdeling, B-409-02, HC/E/DK 520 05/04/2002; Østre Landsret (High Court, Eastern Division, Denmark); *J. v. J.*, précité à la note 45; *C. v. C.*, 25 May 1992, Tel Aviv District Court (Israel) HC/E/IL 357.

¹²⁰ *Re A. (Abduction : Habitual Residence)* [1998] 1 FLR 497, [13/08/1997; High Court (England); First Instance] HC/E/UKe 176.

¹²¹ Précité à la note 58.

¹²² [TRADUCTION] « Le principe directeur qui permet d'évaluer les éléments de la résidence habituelle est contenu dans un discours de Lord Scarman dans *R. v. Barnet London Borough Council ex parte Shah* [1983] 2 A.C. 309, dans lequel il écrit à la page 314 : [TRADUCTION] « [...] et il doit y avoir un élément d'intention arrêtée. Il peut y avoir une intention ou plusieurs. Elle peut être spécifique ou générale. Tout ce que le droit exige est qu'il y ait une intention arrêtée. Cela ne veut pas dire que la personne a l'intention de demeurer là où elle est indéfiniment. En réalité, l'intention quoique arrêtée peut n'être que pour une période limitée. L'éducation, les affaires ou la profession, l'emploi, la santé, la famille ou simplement l'amour de l'endroit viennent à l'esprit comme des raisons communes pour élire une demeure régulière, et il peut y en avoir bien d'autres. Tout ce qui est nécessaire est que l'intention de vivre là où on le fait soit suffisamment constante pour être décrite convenablement comme arrêtée. »

La situation pourrait être différente si un seul des parents avait la garde; ses intentions auraient alors plus d'importance (par exemple, dans *Re J. (A minor)*, 87 L. Soc'y Gazette, Oct. 3, 1990).

Ainsi la Cour d'appel va jusqu'à admettre que l'intention du seul parent gardien pourrait entrer en ligne de compte pour décider du lieu de résidence des enfants.

Quelques arrêts de cours inférieures sont clairement allés dans le sens d'une utilisation exceptionnelle de l'intention des parents. Ainsi, dans *Byrn c. Mackin*,¹²³ la Cour supérieure en 1983, a considéré qu'une personne résidente à Vancouver, où elle avait encore une maison où habitait son épouse et ses enfants, y avait conservé sa résidence malgré qu'il passait de très longues périodes de temps à Montréal pour y travailler et qu'il y logeait dans un appartement appartenant à son employeur, parce qu'il n'avait pas exprimé sa volonté de rester à Montréal d'une façon permanente¹²⁴.

Plus récemment, dans *C.E.S. c. E.V.*,¹²⁵ une affaire d'enlèvement d'enfant jugée en 2002, à la différence de ce qu'avait affirmé la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 2454*¹²⁶ selon laquelle, pour ne pas assimiler la résidence habituelle, notion de fait, et celle du domicile d'un de ses parents, seule la réalité des enfants devrait être prise en compte et les désirs et intentions des parents ne seraient pas des considérations pertinentes puisqu'alors on ferait intervenir l'élément intentionnel propre au domicile, la Cour supérieure a relevé que « [...] ce point de vue ne semble pas être généralement reconnu par la communauté juridique internationale. ». Elle cite à cet égard l'arrêt *Mozes v. Mozes* de la Cour fédérale américaine du 9^{ème} Circuit.¹²⁷ La Cour américaine avait poursuivi en se demandant s'il est pertinent de s'interroger sur l'intention des parents ou s'il faut plutôt considérer l'intention de l'enfant, dans l'hypothèse où l'intention doit compter, *par exemple lorsqu'il est nécessaire de déterminer si une absence en un lieu devait être temporaire ou non*.¹²⁸ La Cour supérieure cite encore la décision de la Chambre des Lords :¹²⁹ et le passage écrit par Lord Scarman déjà cité par M. Le juge Chamberland dans *Droit de la famille — 2454*.

La Cour supérieure en déduit alors :¹³⁰

Il ressort des arrêts précités, que l'interprétation du concept de résidence habituelle ne peut se faire dans l'abstrait. Il faut éviter d'adopter une approche réductionniste dont l'effet serait de confondre le concept de *résidence habituelle* avec celui de *résidence réelle ou effective*. Tout est affaire de circonstances. C'est exactement pour cette raison que les rédacteurs de la Convention ont omis de définir le concept de résidence habituelle, permettant ainsi aux tribunaux une plus grande latitude dans l'élaboration des règles applicables. La démarche est objective, ce qui ne veut pas dire que la méthode subjective ne soit pas appropriée dans certains cas et que l'intention des parents ne soit jamais pertinente.

¹²³ Précité à la note 11.

¹²⁴ Voir le résumé dans : *Droit de la famille québécois*, vol. 1, « La demande en divorce », par. 32-210, p. 3085.

¹²⁵ Précité à la note 26.

¹²⁶ Précité à la note 15.

¹²⁷ Précité à la note 16.

¹²⁸ *Ibid.*,

¹²⁹ *R. c. Barnet*, précité à la note 121, à la p. 344.

¹³⁰ [2002] R.D.F. 874 (C.S.) au n° 33.

Appliquant cette approche subjective à l'espèce, elle en conclut, afin d'ordonner le retour des enfants en cause en Caroline du Nord¹³¹ :

Le tribunal n'hésite pas à conclure, à la lumière des circonstances propres au présent dossier, à l'existence d'une *settled purpose* au sens de la jurisprudence internationale [...]. L'« intention arrêtée » des deux parties était de résider aux États-Unis parce que c'est à cet endroit que le requérant gagnait sa vie et qu'il désirait que ses enfants grandissent.

La Cour supérieure a donc admis, en prenant un certain recul par rapport aux affirmations de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille — 2454*,¹³² mais en se fondant sur une décision américaine et sur une décision de la Chambre des Lords, que l'on devait tenir compte de l'« intention arrêtée » des deux parents de résider aux États-Unis pour déterminer la résidence habituelle des enfants.¹³³

Toutefois, la jurisprudence québécoise refuse nettement de tenir compte de l'intention des parents comme condition *générale* de changement de résidence.

Proposition 4.2 — Approche subjective de principe : le changement de résidence nécessite la preuve de l'intention arrêtée d'abandonner l'ancienne résidence, PLUS celle de l'intention arrêtée de s'installer au nouveau lieu

La citation essentielle en faveur de la conception subjective vient de l'arrêt *R.V. Barnet London Borough Council ex parte Shah*,¹³⁴ par Lord Scarman :

[TRADUCTION] « [...] et il doit y avoir un élément d'intention arrêtée. Il peut y avoir une intention ou plusieurs. Elle peut être spécifique ou générale. Tout ce que le droit exige est qu'il y ait une intention arrêtée. Cela ne veut pas dire que la personne a l'intention de demeurer là où elle est indéfiniment. En réalité, l'intention quoique arrêtée peut n'être que pour une période limitée. L'éducation, les affaires ou la profession, l'emploi, la santé, la famille ou simplement l'amour de l'endroit viennent à l'esprit comme des raisons communes pour élire une demeure régulière, et il peut y en avoir bien d'autres. Tout ce qui est nécessaire est que l'intention de vivre là où on le fait soit suffisamment constante pour qu'on puisse convenablement la décrire comme arrêtée.

¹³¹ Précité à la note 129.

¹³² Précité à la note 15.

¹³³ Voir aussi : *Rees c. Convergia, Convergia Networks Inc.*, C.S. Montréal 500-17-017494-033, 2004-03-11, AZ-50225541, J.E. 2004-975, D.T.E. 2004T-500, au n. 27 (compétence du tribunal dans une affaire relative à un contrat de travail).

¹³⁴ Précité à la note 57.

Ce test, principe fondamental du droit anglais, est aussi la proposition essentielle en droit américain.¹³⁵

Toutefois, dans *Mozes v. Mozes*, l'arrêt américain ayant le plus d'autorité dans ce domaine, le juge Kozinski affirme qu'il ne faut pas négliger l'élément de durée :

[TRADUCTION] Quoique la décision de changer la résidence habituelle d'un enfant dépende de l'intention arrêtée des parents, on ne peut accomplir cette transformation par simple contemplation lointaine. Premièrement, il faut un changement géographique [...] Deuxièmement, il faut l'écoulement d'« une période de temps appréciable ».

Il faut aussi rappeler que cette approche subjective ne reçoit pas un appui aussi favorable en Nouvelle-Zélande.¹³⁶ De plus, dans l'arrêt *Armiliato v. Zaric-Armiliato*,¹³⁷ M. le juge Pauley souligne que tout le raisonnement fondé sur la commune intention arrêtée (settled purpose) des parents exige (souvent?) de faire appel à des éléments de fait qui la manifestent objectivement afin de la prouver. On reviendrait donc vers un raisonnement comportant une large part d'objectivisme.¹³⁸

Par contraste, rappelons que dans *Droit de la famille — 2454*, la Cour d'appel a affirmé que l'intention de la mère de ne rester en Californie que pour trois ans n'était pas pertinente pour déterminer la résidence habituelle des enfants et le juge Chamberland précise (nous soulignons) au par. 64 :

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle »; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, *les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas* lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

De plus, en ce sens, le juge cite encore l'arrêt américain *Friedrich v. Friedrich*,¹³⁹ comme indication du sens de la recherche relative à la résidence habituelle :

[TRADUCTION] « Pour déterminer la résidence habituelle, la cour doit se concentrer sur l'enfant, non sur les parents, et examiner l'expérience passée, non les intentions futures [...] Une personne ne peut avoir qu'une résidence habituelle. À prime abord, la résidence habituelle concerne la résidence habituelle avant l'enlèvement. La Cour doit regarder vers l'arrière dans le temps, non vers l'avant ».

¹³⁵ *F. v. A.*, précité à la note 47.

¹³⁶ *Secretary for Justice v. P., ex parte C.* [1995] NZFLR 827, [07/07/1995; District Court of New Zealand at Henderson HC-E-NZ 67; *K.H. v. S.H., Wellington*, AP n. 359/94 (H. court of N.Z.), 12 avril 1995 HC-E-NZ30.

¹³⁷ Précité à la note 70.

¹³⁸ Voir en ce sens : *Brennan v. Cibault*, précité à la note 71.

¹³⁹ Précité à la note 74.

M. le juge Chamberland n'est pas prêt à suivre cette dernière orientation¹⁴⁰ : Voir aussi en ce sens : *A.I. c. R.M.C.*¹⁴¹, au no. 21 :

Il importe de rappeler que l'intention des parents ne revêtira aucune importance dans la détermination de la résidence habituelle de B., cette question référant essentiellement à une notion factuelle.

Cette position québécoise est totalement contraire à celle soutenue par le juge Kozinski dans *Mozes v. Mozes*, qui la qualifie expressément de « *unsound* » et même de « *superficial* ». Selon lui, elle suffit pour les cas faciles et évidents. Il rappelle, justement, qu'alors on ne prend pas en compte toutes les circonstances. Il n'admet pas que les liens objectifs développés par l'enfant puissent suffire *en l'absence d'une* [TRADUCTION] « *intention parentale arrêtée* », qui revêt donc le caractère d'une condition à remplir pour admettre un changement de résidence habituelle.

Le juge Kozinski considère que cette approche concentrée sur la réalité de l'enfant serait proche de la divination, d'autant plus que les enfants s'adaptent facilement à un nouvel environnement. Il considère que la tâche des juges n'est pas de savoir si l'enfant est heureux où il est, mais d'empêcher les parents de modifier unilatéralement le *statu quo* relatif à la situation de l'enfant. Il s'efforce aussi de répondre à l'argument soulevé par M. le juge Chamberland, en cas d'intention divergente des parents. Nous avons vu qu'il s'efforce de classer les situations en plusieurs types, selon qu'il existe ou non une intention commune (*settled purpose*) de changer de résidence habituelle.

Bref il s'agit du type de raisonnement que M. le juge Chamberland veut éviter en raison du large pouvoir discrétionnaire et de l'imprévision qu'il entraîne. On peut reprocher autant de divination à cette approche qu'il en est fait à celle du juge québécois et ajouter que le but même de la Convention n'est pas de punir celui qui enlève l'enfant mais de s'assurer que l'enlèvement ne nuit pas à son développement, ce qui est normalement le cas, mais ce qui justifie aussi les défenses exceptionnelles d'intégration.

¹⁴⁰ Il affirme au par. 70 : « Je ne suis pas certain que cet énoncé reflète fidèlement l'état du droit américain sur la question; elle semble être une décision isolée que les auteurs cherchent d'ailleurs à distinguer en la comparant à l'arrêt clef de *Friedrich v. Friedrich* ».

¹⁴¹ [2004] J.Q. n. 7484 (2 juillet 2004, C.S., Montréal. Dans le même sens, dans *Droit de la famille — 3451*, M. le juge Chamberland infirme une décision d'une cour inférieure dans des circonstances assez semblables à celles de l'affaire *Re J. (enlèvement d'un enfant né depuis un an en Ontario par la mère pour le ramener au Québec)* au motif : « C'est donc à tort à mon avis que le juge de première instance s'appuie sur l'intention de l'intimée « *to remain in Quebec* » pour conclure à la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W... Appliquant le test de la « *résidence habituelle* », le premier juge aurait dû conclure qu'au moment où il se saisissait du litige opposant les parties, au début de février 1999, la « *résidence habituelle* » de W... était à Toronto, Ontario. Il y était né et il y avait vécu, avec ses deux parents, depuis sa naissance jusqu'au 28 janvier 1999 [date de l'enlèvement]. [...] Il avait une chambre bien à lui, équipée de meubles et accessoires d'enfants, dans la maison que ses parents louaient à Toronto. Tous ces facteurs, objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents, devaient amener le juge de première instance à conclure que la résidence habituelle de W... était à Toronto, où demeurait toujours son père. ».

On peut finalement penser qu'il s'agit d'une conception philosophique qui admet que le temps puisse s'apprécier selon un élément subjectif, donc relativement. Comme l'explique de façon pénétrante P. Rogerson :¹⁴²

[TRADUCTION] [...] la conception de ce qui constitue une « période de temps appréciable » varie selon l'état d'esprit de la personne en question. Lorsque cette personne a pris la décision ferme et manifeste de vivre dans un endroit particulier pour le futur prévisible, la « période de temps appréciable » peut n'être que très courte, même de quelques jours seulement ».

Si l'on admet cette analyse, le conflit d'approches se réduit à l'admission ou au rejet d'une conception subjective (ou relative) du temps. La conception traditionnelle n'admet qu'une notion objective du temps, qui serait identique pour tous, ne tenant pas compte de l'intention future de la personne en cause (c'est-à-dire le parent).

En tout cas, **la différence avec l'approche de common law, telle que celle prônée par Lord Scarman, consiste en ce que l'intention arrêtée (*settled intention* ou *settled purpose*) de s'installer en un nouveau lieu n'est pas une condition exigée en droit québécois pour changer de résidence habituelle.** Toutefois, dans les cas où la durée passée au nouveau lieu est brève, cet élément intentionnel a pu intervenir de façon ponctuelle, dans des cas difficiles.

Proposition 5 — La réalité de l'enfant ou sa dépendance automatique envers ses parents

On peut déceler trois approches sur ce sujet dans la jurisprudence des pays ayant interprété la notion de résidence habituelle selon la Convention. La jurisprudence québécoise a utilisé clairement la première approche et rejette les deux autres.

Proposition 5.1 — La résidence habituelle de l'enfant se détermine en examinant la réalité de l'enfant et non celle des parents

Cette approche est admise notamment aux États-Unis. L'autorité essentielle à ce sujet est l'arrêt *Friedrich v. Friedrich*¹⁴³, où on affirme à la page 1401 :

[TRADUCTION] « Pour déterminer la résidence habituelle, la cour doit se concentrer sur l'enfant, non sur les parents, et examiner l'expérience passée, non les intentions futures ».

Cet arrêt a été cité avec approbation de nombreuses fois.¹⁴⁴ On peut aussi citer un arrêt suédois en ce sens.¹⁴⁵ Au Québec, dans *Droit de la famille — 2454 (Y.D.)*, M. le juge Chamberland énonce ainsi :¹⁴⁶

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle »; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas lorsqu'il

¹⁴² Précité à la note 13.

¹⁴³ Précité à la note 74.

¹⁴⁴ Notamment dans *Brennan v. Cibault*, précité à la note 71.

¹⁴⁵ *Supreme Administrative Court (Regeringsrätten) (Sweden), decision of 12 September 2001*, Case number 7624-2000, [12/09/2001]; *Supreme Administrative Court of Sweden (Regeringsrätten)*, HC/E/SE 447.

¹⁴⁶ Voir aussi : *Droit de la famille — 3713 (D.M.D. c. E.V.)*, précité à la note 14.

s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

Proposition 5.2 — Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention

L'autorité essentielle est sur ce point : *Mozes v. Mozes*, où la Cour d'appel fédérale américaine du 9^{ème} Circuit, (juge Kozinski) affirme, en rejetant totalement l'approche adoptée au Québec :

[TRADUCTION] « [...] l'affirmation globale selon laquelle observer « la réalité que vivent les enfants » rend complètement inutile de considérer l'intention des parents, Y.D., [1996] R.J.Q. à la page 2533, est insensée ».

Au contraire, selon cette approche, qui donne un poids essentiel à l'intention arrêtée (settled purpose), seule celle des parents peut être prise en compte étant donné l'âge de l'enfant.¹⁴⁷

Proposition 5.3 — L'intention arrêtée doit être selon la perspective de l'enfant

Cette approche intermédiaire, plus modérée, est probablement celle qui tend à devenir majoritaire aux États-Unis.

L'autorité essentielle est *Feder v. Evans-Feder*¹⁴⁸ qui l'expose ainsi :

[TRADUCTION] « La résidence habituelle d'un enfant est le lieu où il est physiquement présent depuis une quantité de temps suffisante pour l'acclimatation et qui, dans l'optique de l'enfant, répond à « un élément d'intention arrêtée » [...] Pour décider de la question de savoir si un lieu déterminé quelconque satisfait à cette norme, il faut avoir surtout égard à l'enfant et procéder à une analyse des circonstances de l'enfant en ce lieu et des intentions communes actuelles des parents quant à la présence de l'enfant en cet endroit ».

Étant donné le rôle de condition essentielle que continue à jouer l'intention des parents dans cette approche, on peut avancer qu'elle ne correspond pas non plus à celle admise actuellement en droit québécois.

Proposition 6 — La période de temps nécessaire pour acquérir ou perdre une résidence habituelle

Proposition 6.1 — La période de temps nécessaire pour perdre une résidence habituelle

La jurisprudence des pays de common law ayant interprété la notion de résidence habituelle selon la Convention admet qu'on puisse perdre instantanément cette résidence, en une journée.¹⁴⁹ Ceci s'explique dans un système qui donne un rôle central à l'intention et qui exige qu'on prouve une intention de ne pas retourner dans le pays antérieur. Cette intention peut se cristalliser instantanément.

¹⁴⁷ *C. v. S. (Minor)*, précité à la note 43; *In Re B (minors: abduction) (No 2)* [1993] 1 FLR 993; *Robertson v. Robertson* 1998 SLT 468, 07/05/1997; Inner House of the Court of Session (Second Division) (Scotland); HC/E/UKs 194.

¹⁴⁸ Précité à la note 62.

¹⁴⁹ *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*; *C. v. S. (Minor)*, précité à la note 43; *Al Habtoor v. Fotheringham*, précité à la note 61.

En droit québécois, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur cette proposition. Ceci peut s'expliquer dans la mesure où l'on y admet la possibilité de pluralité de résidences habituelles : l'analyse se concentre sur l'acquisition d'une nouvelle résidence sans se demander si la première est perdue. Cependant, étant donné le rôle implicite que joue l'intention dans cette possibilité de perte instantanée, et comme ceci rapproche beaucoup la résidence du domicile, on peut croire que cette proposition ne serait pas facilement admise en droit québécois. D'un autre côté, on y admet que l'acquisition d'une nouvelle résidence puisse se faire très rapidement, sans exiger une période minimale, ce qui irait plutôt dans ce sens favorable à l'acceptation d'une telle proposition.

Proposition 6.2 — La période de temps nécessaire pour acquérir une nouvelle résidence habituelle doit être « significative » ou « appréciable »

Cette règle est admise en droit québécois et en common law.¹⁵⁰ Dans les deux systèmes, on admet que tout dépend des circonstances permettant de prouver l'intégration de l'enfant au nouveau lieu et qu'il n'existe aucune durée *fixe*, prédéterminée.

Proposition 7 — Absence ou multiplicité de résidence(s) habituelle(s)

Proposition 7.1 — Absence de résidence habituelle

Le droit québécois admet sans aucun doute la possibilité d'absence de résidence habituelle puisque l'art. 78 C.c.Q. l'énonce. Ceci est maintenant aussi admis dans la jurisprudence des pays de common law.¹⁵¹

Proposition 7.2 — Multiplicité de résidences habituelles

Le droit québécois admet la possibilité de multiplicité de résidences habituelles puisque l'art. 77 C.c.Q. l'énonce. Mais, afin de respecter l'objectif conventionnel de protection de l'enfant, ceci est majoritairement contesté dans les arrêts des pays de common law,¹⁵² qui préfèrent reconnaître la possibilité de roulement de résidences habituelles *consécutives* selon les périodes de présence de l'enfant auprès d'un parent ou de l'autre découlant d'un accord entre eux.¹⁵³

Proposition 8 — Lien réel et actif entre l'enfant et sa résidence habituelle

Cette condition, dont nous ignorons l'origine exacte, est clairement énoncée, de manière autonome, par la Cour d'appel au Québec dans *Droit de la famille — 3713*¹⁵⁴.

Elle n'apparaît pas expressément dans la jurisprudence des autres pays ayant interprété la notion de résidence habituelle au sens de la Convention de 1980. Néanmoins, elle se retrouve implicitement dans les arrêts étrangers qui imposent de concentrer l'analyse sur la réalité de l'enfant et non sur celle des parents ou sur leur intention¹⁵⁵ ou qui dénoncent l'artificialité

¹⁵⁰ *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights); C. v. S. (Minor)*, précité à la note 43. Voir au Québec : *Droit de la famille — 3713 (D.M.D. c. E.V.)*, précité à la note 14.

¹⁵¹ Voir *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)*, précité à la note 81; *Delvoye v. Lee*, précité à la note 100; *F. v. A.*, précité à la note 47.

¹⁵² *Morris v. Morris*, précité à la note 64.

¹⁵³ *In the Matter of V.*, H.C.J. Fam. Div. 28 juin 1995, HE-E-Uke 45; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)* [1998] 1 FLR 497, 13/08/1997; High Court (England); First Instance] HC/E/UK 176).

¹⁵⁴ Précité à la note 14.

¹⁵⁵ *Friedrich v. Friedrich*, précité à la note 74.

d'une prétention de l'un des parents.¹⁵⁶ Il n'existe donc certainement aucune opposition sur ce point entre la jurisprudence québécoise et la majorité des arrêts étrangers.

Conclusion

Comme certaines règles, notamment relatives au changement de résidence habituelle, ne sont pas codifiées au Québec, on constate que, sur certains points, la jurisprudence s'est inspirée des règles retenues en common law. Il existe néanmoins de notables divergences à ce sujet et les arrêts rendus en common law sont eux-mêmes sujets à plusieurs tendances qui ne sont pas évidentes à concilier. L'éventuelle adoption dans les provinces canadiennes de la Convention de 1996 sur la protection des enfants alimentera ce débat.

¹⁵⁶ *Falls v. Downie*, 871 F.Supp. 100 (D. Mass. 1994) [28/12/1994; United States District Court for the District of Massachusetts; First Instance] HC-E-USf 141.

PARTIE II : LA RÉSIDENCE HABITUELLE ET LA RÉSIDENCE ORDINAIRE (*ORDINARY RESIDENCE*) EN DROIT QUÉBÉCOIS ET SELON LA *LOI SUR LE DIVORCE*

Nous répondrons aux questions suivantes :

- Q. 4** Quel est le sens de la notion de « résidence ordinaire » en droit civil québécois? Ce concept existe-t-il ?
- Q. 5** L'interprétation donnée à la notion de « résidence habituelle » à l'article 77 C.c.Q. diffère-t-elle de celle donnée à l'expression « ordinary residence » que l'on trouve dans sa version anglaise?
- Q. 6** L'interprétation donnée au Québec à l'expression « ordinary residence » de la version anglaise des articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce*, diffère-t-elle de celle donnée à l'expression « résidence habituelle » que l'on trouve dans la version française des mêmes articles?
- Q. 7** Existe-t-il, selon le droit applicable au Québec, une différence entre les concepts de « résidence habituelle » et de « résidence ordinaire » ou de « ordinary residence » ?

Question 4 : L'existence et le sens de la notion de « résidence ordinaire » en droit civil québécois

La notion de résidence ordinaire existe en droit québécois, mais, selon le contexte, soit elle n'a pas de sens juridique spécifique, soit elle a le même sens que la « résidence habituelle ».

4.A Absence de sens spécifique

Quelques arrêts¹⁵⁷ utilisent l'expression (en français) « résidence ordinaire » sans y mettre un sens particulier. Voir par exemple : *Droit de la famille — 1473*,¹⁵⁸ *L. c. Vallée*.¹⁵⁹ Quelques lois utilisent aussi la notion de « résidence ordinaire ».¹⁶⁰

4.B L'expression « résidence ordinaire » est assimilée à l'expression « résidence habituelle »

Dans plusieurs lois, on utilise la notion de « ordinary residence » comme traduction de résidence habituelle : voir la version anglaise de l'art. 77 C.c.Q. :

Art. 77. The residence of a person is the place where he ordinarily resides; if a person has more than one residence, his principal residence is considered in establishing his domicile.

Dans la version anglaise de l'article 68 du *Code de procédure civile*, l'expression est utilisée comme traduction de « résidence ».¹⁶¹ Mais en droit québécois, la « résidence » est elle-même définie comme la « résidence habituelle » dans l'article 77 C.c.Q.

¹⁵⁷ En ce qui concerne la résidence ordinaire, la période de recherche dans la jurisprudence s'étend entre 1987-2004.

¹⁵⁸ EYB 1991-76025, C.S. Montréal, n. 500-04-000387-910, 27 septembre 1991.

¹⁵⁹ REJB 1996-29278, C.A. Québec, 16 septembre 1996, n. 200-09-000158-946.

¹⁶⁰ Voir par exemple *Loi sur les commissions d'enquête* L.R.Q. 1977, ch. C-37, art. 10 : « Toute personne, à qui une assignation a été signifiée en personne ou en en laissant copie à sa résidence ordinaire, qui fait défaut de comparaître devant les commissaires, aux temps et lieu y mentionnés, peut être traitée par les commissaires de la même manière que si elle était en défaut d'obéir à une citation (subpoena) ou à une assignation légalement émise par une cour de justice. ». Voir aussi l'article 7 de la *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., chapitre A-25 : « La victime qui réside au Québec et les personnes à sa charge ont droit d'être indemnisées en vertu du présent titre, que l'accident ait lieu au Québec ou hors du Québec. Sous réserve du paragraphe 1^o de l'article 195, est une personne qui réside au Québec, celle qui demeure au Québec, qui y est ordinairement présente et qui a le statut de citoyen canadien, de résident permanent ou de personne qui séjourne légalement au Québec ».

¹⁶¹ 68. Subject to the provisions of this Chapter and the provisions of Book X of the Civil Code of Québec, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted: (1) Before the court of the defendant's real domicile or, in the cases contemplated by article 83 of the Civil Code of Québec, before that of his elected domicile. If the defendant has no domicile in Québec but resides or possesses property therein, he may be sued before the court of his ordinary residence, before the court of the place where such property is situated, or before the court of the place where the action is personally served upon him; [...].

Question 5 : Existe-t-il dans la jurisprudence québécoise une différence d'interprétation entre la version française (« résidence habituelle ») et anglaise (« ordinary residence ») de l'article 77 C.c.Q. ?

E.M. Clive¹⁶² expose très justement que la dichotomie ordinaire/extraordinaire ne correspond pas nécessairement à celle qui joint habituelle/temporaire, puisque ...

[TRADUCTION] « Il peut certes se produire qu'une résidence d'abord prise pour des raisons extraordinaires soit ou devienne la résidence habituelle ».

En droit québécois, il n'existe à ma connaissance aucune décision ayant interprété la version anglaise de l'article 77 C.c.Q. Étant donné que, en droit québécois, résidence ordinaire est assimilée à résidence habituelle, il n'y a aucune raison de croire que la version anglaise (ordinary residence) serait interprétée de manière différente de la version française (résidence habituelle).

¹⁶² [1997] *Juridical Review* 137, 139, note 13.

Question 6 : Existe-t-il dans la jurisprudence québécoise une différence d'interprétation entre la version française (« résidence habituelle ») et anglaise (« ordinary residence ») des articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce* de 1985 ?

La jurisprudence rendue au Québec n'interprète pas différemment les versions française et anglaise des articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce*.

Dans *Droit de la famille* — 2279¹⁶³ au sujet de l'article 3 de la *Loi sur le divorce*, la Cour supérieure énonce :

Dans son ouvrage intitulé *Droit de la famille québécoise*, [Jean-Pierre Senécal. *Droit de la famille québécois*. Volume 1. Farnham : C.C.H./F.M., mis à jour. no 32-210] Jean-Pierre Senécal, maintenant juge à la Cour supérieure, est d'avis que la résidence habituelle d'une personne est l'endroit où elle vit régulièrement, normalement et ordinairement. Il réfère à la décision de la Cour suprême du Canada en matière d'impôt sur le revenu, soit l'affaire *Thompson c. MNR*, [[1946] R.C.S. 209, 231] où l'on a décidé :

[TRADUCTION] « La consultation du dictionnaire et des observations judiciaires sur le sens de ces termes indique que l'on est « résident ordinaire » à l'endroit où, dans la routine établie de sa vie, l'on vit régulièrement, normalement ou de manière coutumière. »

On en déduit que la résidence « ordinaire » est l'endroit où une personne vit régulièrement, normalement, habituellement. La « ordinary residence » est « the place where in the settled routine of his life someone regularly, normally or customarily lives. » Les deux expressions sont entendues comme identiques. Donc la notion de « ordinary residence », définie comme l'endroit où l'on vit habituellement, rejoint exactement la définition de la résidence habituelle.¹⁶⁴

¹⁶³ AZ-95024060, [1995] R.D.F. 695.

¹⁶⁴ Voir aussi *Droit de la famille* — 1657 EYB 1992-75060, C.S. Hull, n. 550-12-014189-921, 11 sept. 1992, où la cour énonce : « La loi [sur le divorce] réfère à la résidence ordinaire, soit l'endroit où le couple vivait habituellement. [...] Les deux conjoints avaient leur résidence familiale habituelle à Gatineau depuis le 1er juin 1990, où ils vivaient dans une maison achetée en copropriété et où ils entendaient résider en permanence ». Voir dans le même sens : *N.K. c. R.V* [2004] R.D.F. 572 (C.S.), AZ-50254383, J.E. 2004-1360, une affaire de divorce où les deux expressions sont utilisées sans distinction. Voir aussi : *Droit de la famille* — 3148, [2000] Q.J. n. 3224 (C.S.); *M.(O) c. K.* (REJB, 2000-19964, C.S., Montréal, 2 août 2000, n. 500-12-239317-971), où la cour, pour considérer qu'aucune partie à une action en divorce n'avait de « résidence ordinaire » au Québec, a dit : [TRADUCTION] « Aucune permanence de quelle que sorte que ce soit s'attachait aux conditions de logement du couple pendant qu'ils résidaient dans la province de Québec ». Nous avons noté plus haut que l'idée de permanence est aussi au cœur de la notion de résidence habituelle.

La jurisprudence québécoise estime qu'il s'agit « essentiellement d'une question de faits » (*S.G. c. R.S.*, au no. 19), ce qui paraît exclure en principe une analyse de l'intention des parties.¹⁶⁵ Voir cependant : *Byrn v. Mackin* :¹⁶⁶

[TRADUCTION] « Dans l'année précédant la demande de divorce, son séjour à Montréal n'indiquait nullement qu'il était « ordinairement résident » ici. Il était ici pour le travail seulement et rien n'indiquait qu'il avait l'intention de rester de manière permanente. »

Cet arrêt est exceptionnel, il ne représente pas la position habituelle des tribunaux au Québec.¹⁶⁷

On peut noter incidemment que les tribunaux québécois n'utilisent pas habituellement le test courant dans les arrêts de common law selon lequel la résidence habituelle, la « ordinary residence » est le lieu où on établit une « real home ».¹⁶⁸ Mais ce test n'est pas contraire aux conceptions exprimées dans les arrêts québécois et parfois on s'en sert.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *S.G. c. R.* AZ-00026276, B.E. 2000BE-573, [2000] R.L. 183 Dans le même arrêt en effet, M. le juge Dalphond, (maintenant juge à la Cour d'appel) énonce : « Que monsieur ait l'intention de revenir à Montréal dès qu'il pourra s'y dénicher un emploi comparable à celui qu'il occupe actuellement à Hanover, ne change rien au fait qu'il réside actuellement, de façon habituelle, au New Hampshire ».

¹⁶⁶ Précité à la note 11.

¹⁶⁷ On peut quand même aussi citer *Droit de la famille — 2617*, AZ-97021208, J.E. 97-539, [1997] R.J.Q. 1011, [1997] R.D.F. 374 où M. le juge Sénécal disait, en obiter : « La notion de résidence habituelle a déjà été interprétée sous l'empire de la *Loi sur le divorce* où l'expression existe depuis 1968 (elle a été conservée dans la Loi de 1986). On a jugé que la résidence *habituelle* d'une personne est l'endroit où elle vit régulièrement, normalement, ordinairement (*Hardy c. Hardy*). La Cour d'appel d'Alberta exprimait l'avis dans *Adderson c. Adderson*, ((1987) 7 R.F.L. (3d) 185, 36 D.L.R. (4th) 631 (C.A. Alb.), que l'expression « résidence habituelle » est un point milieu entre le domicile et la résidence et réfère à la qualité de la résidence. La durée de l'établissement est un facteur à considérer, tout comme l'intention ».

¹⁶⁸ *Hardy v. Hardy*, précité à la note 11; *Marsellus v. Marsellus*, (1970) 2 R.F.L. 53, 75, 13 D.L.R. (3d) 383 (B.C.S.C.); *Anema v. Anema*, précité à la note 11.

¹⁶⁹ Ainsi, dans *Massé c. Sykora* C.S. Montréal, n. 500-12-087337-790, 6 juillet 1979 le juge Benoit explique à la p. 11 : « L'absence temporaire du « chez soi » établi et maintenu en une province laisse subsister la résidence réelle en cette province ».

Question 7 : Existe-t-il en droit québécois une différence entre la « résidence habituelle » et la « résidence ordinaire » ou la « ordinary residence » ?

Il n'y a pas de différence en droit québécois entre les notions de résidence habituelle et de résidence ordinaire; ni entre ces notions et celle de *ordinary residence*. Ainsi, dans *Droit de la famille* — 2617¹⁷⁰ la Cour supérieure définissait ainsi la notion :

On a jugé que la résidence *habituelle* d'une personne est l'endroit où elle vit régulièrement, normalement, ordinairement. [citant alors : v *Hardy c. Hardy*, (1969) 2 O.R. 875 (H.C.)] La « résidence habituelle » requiert des liens plus durables que la simple résidence. En matière d'impôt, il a été dit par la Cour suprême dans *Thomson c. M.M.R* [1946 R.C.S. 209, aux pp. 224 et 231] :

[TRADUCTION] « L'expression « ordinairement résident » comporte une signification restreinte et, quoique la première impression semble être celle de la prépondérance dans le temps, les décisions sur la *English Act* rejettent cet avis. Il a été statué qu'elle signifiait la résidence dans le cours du *mode de vie coutumier* de la personne concernée et on l'oppose à la *résidence spéciale ou occasionnelle*. [...] Le mode général de vie est donc pertinent quant à la question de son application. La consultation du dictionnaire et des observations judiciaires sur le sens de ces termes indique qu'on est « ordinairement résident » à l'endroit où, *dans la routine établie de sa vie, l'on vit régulièrement, normalement ou de manière coutumière*.

On ne peut affirmer que, selon le droit québécois :

[TRADUCTION] « Aucun temps minimal particulier n'a été requis pour établir la résidence ordinaire dans ce pays [l'Angleterre] de sorte que l'exigence du [TRADUCTION] « temps appréciable » est le seul caractère distinctif possible entre résidence ordinaire et habituelle. »¹⁷¹

Rappelons qu'en droit québécois, selon la grande majorité des arrêts, ni la résidence habituelle, ni la résidence ordinaire ne comprennent de condition d'*intention* de rester en un endroit de manière permanente ou non.

¹⁷⁰ Précité à la note 1. Voir aussi : *Droit de la famille* — 2279, AZ-95024060, [1995] R.D.F. 695.

¹⁷¹ P. Rogerson, « Habitual residence: the new Domicile », [2000] 49 *I.C.L.Q.* 86, p. 97.