

**Analyse des notions de « résidence habituelle » et de
« résidence ordinaire » en droit de la famille dans les
provinces de Common Law**

Préparé par

James G. McLeod
Professeur à la faculté de droit
Université de Western Ontario

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

PRÉFACE.....	1
APERÇU.....	3
RÉSIDENCE, RÉSIDENCE HABITUELLE ET RÉSIDENCE ORDINAIRE DANS LES PROVINCES CANADIENNES DE COMMON LAW	7
1. Que signifie le terme « résidence »?.....	7
2. Que désigne l'expression « résidence habituelle »?	8
3. (a) Le sens qui a été donné à la notion de « résidence habituelle » en vertu des conventions de la Haye était-il différent de celui qu'on retrouve dans la common law et dans les lois provinciales et territoriales?	23
(b) Principales différences entre le Québec et les provinces de common law	25
4. Qu'est-ce que la notion de résidence ordinaire signifie dans les contextes suivants :.....	28
(a) en common law.....	28
(b) dans les dispositions législatives provinciales ou territoriales qui utilisent cette expression.....	30
5. L'utilisation des termes « ordinary residence » et « réside habituellement » dans la législation provinciale	31
6. L'interprétation des termes « réside habituellement » et « ordinarily resident » dans la <i>Loi sur le divorce</i>	32
7. Différences entre les concepts de la résidence habituelle et de la résidence ordinaire	34

PRÉFACE

Au moment de son décès prématuré le 4 octobre 2005, M. le professeur McLeod n'avait pas eu l'opportunité de finaliser les changements de dernière minute qu'il souhaitait apporter au document qu'il nous avait originalement soumis. Malgré tout, nous avons cru important de publier la version que nous avons, compte tenu de sa qualité et de la grande rigueur dont il a fait preuve dans sa recherche.

APERÇU

En common law, le lien premier entre une personne et un lieu était le domicile. La notion de « résidence » intervenait en cas de conflit de lois et constituait principalement un des éléments qui permettaient de déterminer l'endroit avec lequel une personne avait des liens étroits et véritables. Le concept de la « résidence habituelle » n'était pas invoqué comme facteur de rattachement en common law. Cependant, la résidence habituelle servait de point de contact important entre une personne et un lieu dans les systèmes de droit civilistes sur le territoire continental européen et particulièrement à la Conférence de La Haye de droit international privé.

Lorsque le Canada a commencé à participer aux conventions internationales par le truchement des conférences de La Haye, il a aussi adopté la résidence habituelle comme facteur de rattachement, de préférence à la notion de « domicile » ou même du concept de la simple résidence qu'on retrouvait historiquement en common law dans le droit des personnes, probablement parce que la majorité des pays impliqués étaient issus de la tradition civiliste et que les conventions étaient rédigées en faisant référence à la « résidence habituelle ». La plupart des provinces canadiennes qui ont adopté les conventions de La Haye ont accepté la résidence habituelle au lieu du domicile ou de la « résidence ordinaire » (« ordinary residence »), non seulement dans leurs dispositions de mise en œuvre, mais aussi dans les autres lois sur le droit de la famille. Elles ont choisi de le faire en vue de résoudre les questions touchant la compétence internationale ou interprovinciale et le choix de la loi applicable. Le Manitoba a réinterprété le concept du « domicile » en fonction de la résidence habituelle pour les besoins de l'application, dans la province, de la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*¹.

La *Loi portant réforme du droit de l'enfance*² (LRDE), de l'Ontario, se fonde sur la résidence habituelle comme source première de compétence, même si une affaire comporte des liens avec une autre province ou un autre pays, à l'instar des autres provinces qui ont adopté la loi uniforme sur la garde d'enfants, texte qui a inspiré la loi ontarienne³. La *Loi sur le divorce*⁴ continue de déterminer la compétence à partir du lieu de résidence habituelle (« ordinary residence » en anglais). Malheureusement, la démarcation entre le domicile, la résidence habituelle et la résidence, de même que le concept de la « résidence ordinaire » (« ordinary residence »), qu'on retrouve couramment dans la common law, n'a jamais été clairement tracée. De fait, la *Loi sur le divorce* s'appuie sur la résidence ordinaire aux articles 3 à 5 afin d'établir la compétence dans la version anglaise, alors que dans la version française, il est question de résidence habituelle. Voilà qui peut porter à penser que les concepts sont identiques, mais ce n'est peut-être pas le cas ou, du moins, ça ne l'était pas d'un point de vue historique. Bien que la résidence ordinaire ne fasse pas partie du droit québécois, les tribunaux de la province de Québec ont interprété la notion de résidence habituelle, en matière de divorce, de la

¹ LRM 1987, ch. D 96.

² LRO 1990, ch. C-12, art. 22.

³ P. ex., *Children's Law Act* 1997 SS 1997, ch. C-8.2, art. 15.

⁴ LRC 1985, ch. D- 3, art. 3, 4 et 5.

même manière que les tribunaux de common law interprétaient la notion de résidence ordinaire, principalement parce qu'ils s'appuyaient sur des arrêts prononcés dans les provinces de common law interprétant les termes « ordinarily resident » dans le même contexte. Certains indices permettent de croire par ailleurs que les tribunaux de common law ont commencé à fusionner les deux concepts dans un contexte général.

En ce qui concerne le droit de l'enfance, la présence, la résidence et le domicile ont toujours servi dans le passé à établir la compétence en matière de garde et d'accès. Les dispositions provinciales en vigueur sur la garde se fondent sur les notions de résidence, de résidence ordinaire et de résidence habituelle ainsi que sur les « liens étroits et véritables » à divers degrés. La compétence en matière de protection de l'enfance était de nature statuaire et s'appuyait principalement sur la présence physique ou la résidence de l'enfant dans une province en vertu des lois provinciales sur la protection de l'enfance; elle s'articule encore essentiellement, même aujourd'hui, autour des notions de résidence ou de présence physique.

La pension alimentaire pour enfants était aussi de création statuaire, mais peu de textes législatifs traitaient expressément de la compétence pour rendre une ordonnance alimentaire pour enfants ou de la loi qu'un tribunal devrait appliquer pour ordonner le versement d'une pension, en supposant qu'il avait compétence pour le faire. Vu que les ordonnances alimentaires pour enfants étaient de nature personnelle, elles ne pouvaient être exécutoires contre le débiteur que si elles avaient été prononcées à l'endroit où ce dernier résidait, à moins qu'il n'ait acquiescé à la compétence d'une autre administration, qui était en général le lieu où le parent gardien et l'enfant résidaient. En raison des problèmes qui entourent l'exécution des ordonnances alimentaires pour enfants (et pour conjoints) à l'échelle interprovinciale et internationale, la plupart des administrations ont mis en œuvre des dispositions législatives sur l'exécution réciproque de ces ordonnances; ainsi, une ordonnance alimentaire n'était exécutoire à l'extérieur de la province où elle avait été rendue, que si le débiteur résidait à cet endroit. Dans le cas où les parents vivaient dans des administrations différentes, le requérant pouvait instituer des procédures dans la province ou le pays de résidence du débiteur ou encore obtenir une ordonnance provisoire à son lieu de résidence, ordonnance qui ne devenait exécutoire que sur confirmation par un tribunal du lieu de résidence du débiteur. Cette procédure a été simplifiée par la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires*, qui a été mise en œuvre dans les provinces canadiennes de common law.

Historiquement, les tribunaux de common law ont assimilé le domicile au « foyer permanent »⁵ (*permanent home*) d'une personne, de sorte que celle-ci devait non seulement être présente physiquement dans le territoire en question, mais aussi avoir l'intention d'y demeurer à jamais. Bien qu'il s'agisse d'une définition pratique du domicile de choix, ou d'élection, elle n'explique pas adéquatement le domicile d'origine ou le domicile de dépendance. En outre, le législateur employait parfois le terme « domicile » dans un sens spécial et lui donnait une définition différente aux fins d'une loi particulière, compte tenu des politiques et des objectifs visés.

⁵ *Whicker c. Hume* (1858) 7 H.L. Cas. 124, à la p. 160.

Le domicile est un terme technique et une question de droit, non pas de fait. À cause de l'importance accordée à ce concept, dans le passé, une personne devait avoir un domicile à tout moment de sa vie et ne pouvait en avoir plus d'un. Les règles en la matière étaient très techniques et n'avaient parfois rien à voir avec l'endroit où vivait une personne. Les règles sur le domicile de dépendance d'un enfant en particulier, étaient très rigide, mais curieusement, très contestées. Finalement, bon nombre de provinces ont adopté des dispositions législatives qui visent à simplifier la définition du domicile de l'enfant et ne reflètent pas nécessairement les règles traditionnelles : voir, par exemple, l'art. 67 de la *Loi sur le droit de la famille*⁶ (le domicile du mineur est celui du parent avec qui il réside habituellement).

Les tribunaux de common law se sont appuyés sur diverses formes de « résidence » pour décrire l'endroit où était centralisée la vie d'une personne. Il n'y avait aucune exclusivité associée à la résidence, ou même à la notion de résidence ordinaire, mais une personne ne pouvait avoir qu'une « résidence réelle » à la fois. Lorsque le législateur a introduit le concept de la résidence habituelle dans les administrations de common law, les tribunaux l'ont tout d'abord interprété comme s'il était plus étendu que la simple résidence ou la résidence ordinaire, mais moins que le domicile, sauf si le texte législatif renfermait une définition spéciale. Plus récemment, les tribunaux britanniques en particulier ont semblé avoir fusionné les concepts de la résidence habituelle et de la résidence ordinaire, ce qui porte à croire qu'il s'agit de deux façons différentes de décrire la même chose. Bien qu'il ne soit pas clair que les tribunaux canadiens soient allés aussi loin, il semble qu'il n'existe aucune différence appréciable entre la résidence « ordinaire » d'un enfant et la résidence « habituelle » dans la plupart des dossiers relatifs à la garde.

Ces dernières années, le législateur a montré une tendance à faire en sorte que la plupart des questions en droit de la famille qui s'appuyaient auparavant sur la notion de domicile se fondent dorénavant plutôt sur l'une ou l'autre des formes de résidence. Puisque le présent document se limite à l'interprétation et à l'utilisation des divers concepts de résidence dans les provinces de common law, je n'aborderai pas la notion du « domicile », sauf à des fins de comparaison dans la définition des diverses formes de résidence.

À l'heure actuelle, le lieu de résidence « ordinaire » et « habituel » d'un enfant dépend de l'endroit où il a vécu pour la dernière fois avec ses deux parents dans un cadre familial. Même si les tribunaux canadiens reconnaissent qu'un parent gardien a le droit de prendre des décisions au nom de l'enfant, y compris celle de choisir son lieu de résidence⁷, les tribunaux des provinces de common law ont refusé de permettre au parent gardien de changer unilatéralement le lieu de résidence ordinaire ou habituel de l'enfant⁸ ou même de déménager avec l'enfant si le déménagement était susceptible de modifier sensiblement la relation de l'enfant avec son autre parent⁹. De nombreux arrêts ont été rendus sur la question de savoir quand un parent consent à ce que l'autre parent

⁶ LRO 1990, ch. F-3.

⁷ Voir *Gordon c. Goertz*, [1996], 2 RCS 27.

⁸ C.f. *Brooks c. Brooks* (1998) 39 RFL (4th) 187 (CAO).

⁹ P. ex., *Woodhouse c. Woodhouse* (1996) 20 RFL (4th) 337 (CAO).

déménage avec l'enfant ou donne son assentiment¹⁰ et quand un parent devrait être autorisé à déménager avec l'enfant malgré les objections de l'autre parent¹¹. Il est bien évident qu'un parent ne peut modifier le lieu de résidence ordinaire ou habituel de l'enfant sans changer l'endroit où ce dernier réside quotidiennement puisque la résidence, contrairement au domicile, relève principalement des faits et dépend de la réalité de la vie de l'enfant : ce n'est pas une question de droit¹². C'est la loi en vigueur à l'endroit où réside habituellement l'enfant qui déterminera si le déplacement unilatéral de ce dernier par le parent gardien hors de cet endroit suffit à changer la résidence habituelle de l'enfant. Par exemple, dans l'affaire *Re J. (un mineur) (enlèvement : droits de garde)*¹³, la mère gardienne a pu changer la résidence habituelle de l'enfant unilatéralement parce que le père ne possédait aucun droit parental en l'absence d'une ordonnance judiciaire. De même, si le droit de garde à l'endroit où réside habituellement l'enfant s'assortit du droit de changer unilatéralement la résidence de cet enfant sans une ordonnance ou sans une entente à ce sujet, alors le parent gardien sera en mesure de changer la résidence habituelle de l'enfant. Il serait nécessaire de faire la preuve de la loi étrangère.

¹⁰ *Bedard c. Bedard* 2004 CarswellSask 494 (CAS) (le juge de première instance avait conclu que le père, par ses gestes, avait acquiescé au déplacement; la Cour d'appel n'était pas d'accord mais a statué qu'il n'y avait eu aucun acquiescement clair); *Hunter c. Hunter* 2005 CBRS 93 (CBRS) (le père avait acquiescé ou donné son consentement implicite).

¹¹ Pour connaître la jurisprudence sur ce point, voir *McLeod and Mamo Annual Review of Family Law 2004* (Carswell), aux pp. 72-83.

¹² *Macrae c. Macrae* [1949] P. 397, à la p. 403; *Lewis c. Lewis* [1956] 1 WLR 200; *Cullen c. Cullen* (1969) 9 DLR (3d) 610 (NÉ, 1^{ère} inst.); *Nowlan c. Nowlan* (1971) 2 RFL 67 (NÉ, 1^{ère} inst.).

¹³ [1990] 2 AC 562 (Chambre des lords).

RÉSIDENCE, RÉSIDENCE HABITUELLE ET RÉSIDENCE ORDINAIRE DANS LES PROVINCES CANADIENNES DE COMMON LAW

1. Que signifie le terme « résidence »?

Le problème, lorsqu'on veut évaluer le sens du terme « résidence » dans les provinces de common law, découle du fait que 1) ce terme est habituellement modifié par des qualificatifs comme « ordinary » (ordinaire), « actual » (réel) ou « habitual » (habituel), qui modifient tous la signification de base du mot « résidence », 2) la signification du terme peut différer selon qu'il est employé comme concept rattaché à la loi applicable ou l'exercice de la compétence et 3) le terme peut être utilisé seul ou parmi un ensemble de facteurs dans le cadre d'une analyse des liens importants.

Les tribunaux de common law ont mis au point les concepts de « résidence » et de « résidence ordinaire » dans le domaine du droit de l'enfance et des pensions alimentaires pour conjoints. Le Parlement a intégré à la *Loi sur le divorce* de 1968 la notion de résidence habituelle (« a ordinairement résidé ») comme facteur déterminant la compétence générale et ajouté le concept de « résidence réelle » (« a réellement résidé »), mais ce dernier servait seulement à établir la compétence dans l'octroi d'un divorce. À cause des problèmes engendrés par le recours à la résidence réelle pour déterminer la compétence sous le régime de la *Loi sur le divorce*¹⁴, le Parlement a abandonné le concept dans la loi de 1985 et opté plutôt pour la résidence habituelle (« ordinarily resident » en anglais) ou, plus précisément, l'endroit où une personne « a résidé habituellement ». Bien que la version française de la loi comporte l'équivalent de « habitually resident » (« a résidé habituellement ») au lieu de « ordinarily resident », la dichotomie ne semble pas avoir influé sur la façon dont l'expression est interprétée dans les provinces de common law ou au Québec¹⁵.

Une personne réside dans la province, l'État ou le pays où sa vie est centralisée. En droit de la famille, on faisait référence plus souvent à la résidence ordinaire qu'à la résidence en soi. Dans les provinces de common law, les tribunaux ont initialement adopté la définition de la résidence ordinaire qui avait été élaborée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁶. La résidence, contrairement à la « présence », suppose un lien établi et

¹⁴ Voir *Hardy c. Hardy* (1969) 7 DLR (3d) 307 (HCO); *Marsellus c. Marsellus* (1970) 13 DLR (3d) 383 (CSCB); *Norton c. Norton* (1970) 14 DLR (3d) 639 (CSNÉ); *Cuzner c. Cuzner* (1971) 15 RFL (3d) 511 (CSNÉ) — concept impliquant la présence physique et une certaine habitude. Voir aussi Mendes da Costa. « Some Comments on the *Divorce Act* », (1968) 46 R. du B. Can. 252 — présence physique régulière nécessaire.

¹⁵ Voir *Droit de la famille* — 360, 1987 Carswell Que 927 (CSQ) (le tribunal s'est fondé sur les jugements rendus en common law interprétant « ordinarily resident » pour établir le sens des termes « réside habituellement ».)

¹⁶ P. ex., *Thomson c. MNR* [1946] 2 DTC 812, à la p. 817; *Levene c. Inland Revenue Commrs* [1928] A.C. 217 (Chambre des lords).

durable entre une personne et un lieu¹⁷. Elle est traitée principalement comme une conclusion de fait et non pas, ce qui est le cas du domicile, comme un concept juridique¹⁸.

La résidence, contrairement au domicile, ne constitue pas une notion exclusive, ce qui veut dire qu'une personne peut résider à plus d'un endroit en même temps¹⁹. Dans sa plus simple expression, la résidence implique qu'une personne vit à un endroit : elle y mange, y dort et y travaille. Une personne peut « résider » à un endroit même s'il lui arrive de ne pas y être physiquement présente²⁰. La notion de « résidence » exclut les touristes et les visiteurs occasionnels²¹, quoique la nature légale ou obligatoire de la présence d'une personne à un endroit n'a aucune incidence sur le fait qu'elle y réside en droit.

Dans l'affaire *Re Koo*²², le juge Reid a conclu qu'une personne ayant son propre foyer établi, où elle habite, ne cesse pas d'y être résidente lorsqu'elle le quitte à des fins temporaires, soit pour traiter des affaires, passer des vacances ou même pour poursuivre des études. Bien qu'il ait eu à décider dans cette affaire si une personne avait satisfait aux conditions de résidence énoncées dans la *Loi sur la citoyenneté*²³, le juge Reid a passé en revue bon nombre des décisions citées dans les litiges en droit de la famille et est arrivé à la conclusion qu'une personne résidera à un endroit si cet endroit est le lieu où elle vit régulièrement, normalement ou habituellement, c'est-à-dire le lieu où elle avait centralisé son mode d'existence. Le juge Reid devait déterminer la résidence d'une personne, mais son analyse semble correspondre davantage aux critères permettant d'établir le lieu de résidence « ordinaire » et met en lumière le flou des limites tracées entre les diverses formes de résidence dans les provinces de common law.

2. Que désigne l'expression « résidence habituelle »?

(a) en common law

La notion de résidence habituelle (habitual residence) n'était pas régulièrement utilisée dans les administrations de common law dans le droit jurisprudentiel. Elle semble provenir des pays sur le territoire continental européen, surtout par le truchement des conventions de La Haye et des conférences sur l'uniformisation des lois. Son emploi comme terme technique à caractère juridique dans les provinces de common law découle de mesures législatives.

¹⁷ *Helman c. Brown* (1969) 2 DLR (3d) 715, 718-719 (CSCB); *Blackwell c. England* (1857) 120 ER 202, 204.

¹⁸ *Re Walker and Walker* (1970) 3 OR 771 (HCJ).

¹⁹ Voir *Hernadi and Minister of Health* (1986) 34 DLR (4th) 145 (CACB); *Adderson c. Adderson* (1987) 36 DLR (4th) 631 (CAA).

²⁰ Mendes da Costa, « Some Comments on the *Divorce Act* », (1968) 46 R. du B. Can. 252, à la p. 272. Voir aussi *Stransky c. Stransky* [1954] 2 All ER 536; *Hopkins c. Hopkins* [1950] 2 All ER 1035 — présence physique non nécessaire durant les périodes de « résidence » ou de « résidence ordinaire ».

²¹ C.f. *Re Koo* [1993] 1 C.F. 286 — la résidence est distinguée du séjour et de la visite.

²² *Ibid.*

²³ LRC 1985, ch. C-29, al. 5(1)c).

Dans *Adderson c. Adderson*²⁴, le juge en chef Laycraft s'est exprimé comme suit : [Traduction] « L'expression 'résidence habituelle' semble avoir été intégrée au droit canadien à partir des conventions de La Haye adoptées par la Conférence de La Haye sur le droit international privé ». Selon lui, l'expression a été introduite, du moins en partie, afin de contourner les règles rigides et arbitraires qui entouraient la notion de domicile. Si le domicile nécessite qu'on détermine si la personne avait l'intention d'habiter ailleurs dans l'avenir, la « résidence habituelle » suppose seulement qu'elle doit avoir l'intention d'habiter à un endroit dans l'immédiat; l'intention qui la sous-tend est plus faible.

Même si la durée de la résidence n'est qu'un des facteurs à considérer lorsqu'il faut décider si une personne réside habituellement à un endroit, il est peu probable qu'une très courte période de résidence sera interprétée comme une résidence « habituelle », indépendamment de l'intention de la personne, puisque la résidence habituelle sous-entend une présence à un endroit pendant une période de temps considérable assortie de l'intention d'habiter à cet endroit²⁵. La Cour d'appel de l'Angleterre²⁶ a souligné récemment que la résidence habituelle relève principalement d'une question de fait qui doit être évaluée en fonction des circonstances de chaque affaire.

Dans *Re S. (un mineur) (garde : résidence habituelle)*²⁷, la Chambre des lords de l'Angleterre a dû déterminer quel était le lieu de résidence habituelle d'un enfant de deux ans afin d'établir la compétence en matière de garde sous le régime de la *Family Law Act*, puis décider si l'enfant avait été déplacé ou retenu illicitement à l'extérieur de sa résidence habituelle au sens de la Convention de La Haye. Les parents ne s'étaient jamais mariés, de sorte qu'en vertu de la loi applicable à cette époque, le père n'avait aucun droit parental à l'égard de l'enfant. Les parties avaient convenu que la résidence habituelle de l'enfant, avant la mort de sa mère, était celle de la mère. Celle-ci avait vécu en Angleterre avec le père de 1990 à 1995, année où elle avait obtenu une ordonnance de « garde ». L'enfant a habité avec sa mère chez sa grand-mère maternelle en Irlande du 3 au 16 août 1995, pendant les vacances. Par la suite, la mère a séjourné en Angleterre jusqu'au 4 septembre, date où elle s'est rendue en Irlande avec l'intention de revenir en Angleterre en janvier 1996. Elle est allée en Angleterre seule pendant une semaine, en novembre 1995, puis y est retournée avec l'enfant le 16 janvier 1996, pour y rester jusqu'à son décès le 10 mars 1996. La grand-mère a emmené l'enfant en Irlande et a alors obtenu une ordonnance de « garde ». Le père avait obtenu entre-temps une ordonnance de garde en Angleterre et demandé le retour de l'enfant en vertu de la Convention de La Haye; le retour était possible si l'enfant résidait habituellement en Angleterre au moment où l'ordonnance de garde avait été rendue en faveur du père. Tous convenaient que la mère avait sa résidence habituelle en Angleterre au moment de sa mort. Il fallait déterminer quelle était celle de l'enfant à ce moment-là. Lord Slynn a statué que, si la mère avait perdu sa résidence habituelle en Angleterre lorsqu'elle s'était rendue en

²⁴ (1987) 36 DLR (4th) 631 (CAA). Voir aussi *Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13^e éd. (2000), à p. 149.

²⁵ *Re J. (un mineur) (enlèvement)* [1990] 2 AC 562; *M. c. M. (enlèvement : Angleterre et Écosse)* [1997] 2 FLR 263 (CA); *Re A. (enlèvement : résidence habituelle)* [1998] 1 FLR 497.

²⁶ *Re M. (mineurs) (ordonnance sur la résidence : compétence)* [1993] 1 FLR 495 (CA).

²⁷ [1998] AC 750 (Chambre des lords).

Irlande (point qui n'a pas été discuté), elle avait acquis la résidence habituelle en Angleterre lorsqu'elle y était retournée en janvier ou, du moins, à sa mort. Cela signifiait que l'enfant résidait habituellement en Angleterre à la mort de sa mère; il a fallu par conséquent déterminer si l'enfant avait encore sa résidence habituelle en Angleterre deux jours plus tard, lorsque le juge a accordé la garde au père, puisque l'enfant avait quitté l'Angleterre. La Cour d'appel avait conclu que le décès de la mère gardienne ne modifiait pas immédiatement la résidence habituelle de l'enfant lorsqu'il demeurait en Angleterre. Le fait que l'enfant ait été déplacé à un autre endroit par une personne qui n'était pas son parent et qui n'avait pas de droit de garde ne changeait pas non plus la résidence habituelle de l'enfant. Cependant, plus longtemps l'enfant restait avec son parent-substitut de fait sans qu'il y ait contestation, plus il était probable que l'enfant acquière la résidence habituelle des gens qui continuaient de prendre soin de lui. En passant, ce raisonnement est conforme avec le point de vue courant dans les provinces de common law, soit que la résidence habituelle d'un nourrisson découle de celle des parents ayant la garde qui agissent dans les limites de leurs droits légaux, puisque l'enfant est trop jeune pour former une intention quelconque au sujet de sa résidence future. Cette conclusion est également compatible avec l'énoncé selon lequel un parent ne peut changer unilatéralement la résidence habituelle d'un enfant sans une ordonnance judiciaire ou bien sans le consentement ou l'assentiment de l'autre parent qui a une responsabilité parentale à l'égard de l'enfant; elle souligne également que l'intention est une considération centrale lorsqu'on détermine la résidence habituelle dans les administrations de common law. Elle évoque toutefois la possibilité qu'un mineur mature puisse avoir le pouvoir de décider de son lieu de résidence habituelle, ce qui semble contraire aux règles de droit fondamentales en matière de garde dans les provinces de common law, tel que l'explique la Cour suprême dans l'affaire *Gordon c. Goertz*²⁸. Lord Slynn a également précisé que, si la mère avait déménagé en Irlande avec l'intention d'y habiter indéfiniment, elle aurait pu y avoir établi sa résidence habituelle en peu de temps, et l'enfant aussi, puisqu'il n'y avait aucune autre personne dotée de responsabilités parentales dans cette affaire. Le fait que l'enfant puisse avoir été un ressortissant irlandais ne touchait en rien sa résidence habituelle dans les circonstances. Par conséquent, le tribunal anglais avait compétence pour se prononcer sur la garde et, une fois qu'il l'a fait, la résidence habituelle de l'enfant était reliée au lieu de résidence habituelle du père, soit également l'Angleterre. La Chambre des lords a convenu que la résidence habituelle de l'enfant donnait non seulement au tribunal anglais la compétence requise pour déterminer la garde sous le régime de la *Family Law Act*, mais qu'elle permettait également de conclure que l'enfant avait été retenu illicitement en Irlande à l'extérieur de sa résidence habituelle (Angleterre), loin de la personne jouissant des droits de garde (son père) au sens de la Convention et que l'enfant devait être retourné en Angleterre. Le tribunal a donc interprété l'expression « résidence habituelle » dans la Convention de la même façon qu'elle était interprétée pour déterminer la compétence en vertu des dispositions britanniques sur la garde.

Lord Slynn a également cité, en y souscrivant, les commentaires émis par lord Brandon sur la résidence habituelle dans l'affaire *In re H. (mineurs) (enlèvement : droits de*

²⁸ Précité à la note 7.

garde)²⁹ sur le fait que la résidence habituelle n'est pas définie dans la Convention et devrait recevoir son sens naturel et usuel, non pas être considérée comme un terme technique. La résidence habituelle d'une personne est une question de faits et non de droit. Une personne peut cesser de résider habituellement à un endroit du jour au lendemain si elle décide de quitter cet endroit avec la ferme intention de ne pas y retourner, mais elle ne peut probablement pas faire d'un autre lieu sa résidence habituelle en une seule journée, car la présence physique d'une personne à un endroit durant une période appréciable avec la ferme intention d'y demeurer indéfiniment est nécessaire pour établir la résidence habituelle. Finalement, lorsqu'un enfant très jeune relève de la garde exclusive d'un parent, sa résidence habituelle sera nécessairement la même que celle du parent. À mon avis, les mêmes principes s'appliquent dans les provinces de common law au Canada, mais avec une réserve, qui n'est peut-être pas évidente dans les commentaires de lord Brandon, soit qu'un parent gardien, en raison de l'évolution des règles de droit sur la mobilité dans les provinces de common law, n'a pas le droit unilatéral de changer la résidence habituelle de l'enfant sans une ordonnance judiciaire ou encore sans le consentement ou l'assentiment d'une autre personne qui a le droit d'exercer une responsabilité parentale, en l'absence de toute preuve que le droit de garde exercé par le parent qui emmène l'enfant, selon les lois en vigueur dans le lieu de résidence habituelle de l'enfant à ce moment-là, s'assortit du droit de changer le lieu de résidence de l'enfant.

Dans l'affaire *Re J. (un mineur) (enlèvement : droits de garde)*³⁰, la Cour d'appel d'Angleterre avait conclu que le parent gardien pouvait modifier la résidence habituelle de l'enfant en changeant la sienne si personne d'autre n'avait l'autorité parentale (c'était le cas en l'espèce, où un père non marié à la mère n'avait aucun droit, comme dans l'affaire *Re S.*), mais que cette conclusion ne s'appliquerait pas toutefois si les deux parents possédaient légalement l'autorité parentale, même si un seul avait la « garde ». La Chambre des lords a rejeté l'appel du père en déclarant que la mère n'avait pas déplacé illicitement l'enfant au sens de la Convention, puisque personne d'autre que la mère ne possédait un droit de garde ou un droit parental. Les droits de garde légaux de la mère comportaient celui de décider où l'enfant résiderait. Encore une fois, je suis d'avis que les tribunaux de common law au Canada ne permettraient pas à un parent gardien de changer unilatéralement le lieu de résidence habituelle d'un enfant si une autre personne avait le droit d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant, à moins que les dispositions législatives applicables accordent le droit de modifier la résidence de l'enfant sans le consentement ou l'assentiment de l'autre parent.

²⁹ [1991] 2 AC 476 (Chambre des lords), à la p. 578.

³⁰ [1990] 2 AC 562 (Chambre des lords).

(b) dans les textes législatifs provinciaux et territoriaux de common law qui définissent le concept

Certains textes législatifs, comme la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*³¹, définissent la « résidence habituelle » aux fins de l'application de la loi. D'autres, par exemple la *Loi sur le droit de la famille*³², intègrent le concept mais ne le définissent pas. Dans les lois où il n'y a aucune définition, l'expression est généralement rapprochée de la notion du domicile de choix — c'est-à-dire l'endroit où la vie de la personne est centralisée et où elle a l'intention de vivre indéfiniment. Malgré certains jugements contraires, la plupart des tribunaux des provinces de common law assortissent la résidence habituelle d'une notion d'exclusivité, dans le sens où une personne peut seulement avoir une résidence habituelle à la fois. Le qualificatif « habituel » implique un lien plus durable et permanent entre une personne et un lieu que la résidence simple³³.

Dans l'affaire *Cruse c. Chittum*³⁴, le juge Lane a souscrit aux arguments de l'avocat suivant lesquels la présence physique régulière est implicite, même si l'expression « résidence habituelle » renvoie essentiellement à la nature et à la qualité de la résidence. Bon nombre d'auteurs et de commentateurs ont adopté une définition semblable et placé la « résidence habituelle » entre la « résidence » et le « domicile » dans l'éventail des liens qui sont noués entre une personne et un lieu³⁵. Bien que la preuve de l'intention ne soit pas aussi importante pour déterminer le lieu de résidence habituelle que pour établir le lieu du domicile, elle peut être pertinente lorsque le tribunal doit évaluer la qualité et la nature de la présence ou de la résidence d'une personne à un endroit. Dans l'affaire *Adderson c. Adderson*³⁶, le juge Laycraft a considéré d'autres définitions et adopté une interprétation similaire, soit que la résidence habituelle dépend de la qualité de la résidence plus que de la durée, même si celle-ci entre en ligne de compte, et qu'elle nécessite une intention qui se situe entre celle qui doit sous-tendre le domicile et celle qui doit sous-tendre la résidence, avec des liens plus durables que la simple résidence.

Toutefois, certaines indications récentes portent à croire qu'il n'y a peut-être aucune différence véritable entre la résidence habituelle et la résidence ordinaire ou, du moins, une différence beaucoup moins grande que ce que pensaient auparavant de nombreux avocats et juges. North et Fawcett³⁷ ont passé en revue les décisions rendues depuis le milieu des années 1980 et ont conclu que la résidence habituelle devrait maintenant être jugée équivalente à la résidence ordinaire. Collins, dans la 12^e édition de l'ouvrage de

³¹ LRO 1990, ch. C-12, par. 22(2) (compétence en matière de garde fondée sur la résidence habituelle). Voir aussi *Children's Law Act SS 1997* par. 15(2) (compétence en matière de garde).

³² LRO 1990, ch. 15 (distribution des biens régie par la dernière résidence habituelle commune).

³³ *Cruse c. Chittum* [1974] 2 All E.R. 940 (C.B.R.) (le qualificatif « habituelle » renvoie davantage à la qualité qu'à la durée de la résidence).

³⁴ *Ibid.* Voir aussi *Adderson c. Adderson* (1987) 36 D.L.R. (4th) 631 (C.A.A.), où le juge Laycraft a souscrit aux commentaires du juge Lane.

³⁵ P. ex., Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 10^e éd., (1980), aux pp. 144 et 145; Cheshire et North, *Private International Law*, 10^e éd. (1979), à la p. 187; McLeod, *Conflict of Laws* (1983), à la p. 180; Graveson, *Conflict of Laws*, 7^e éd., à la p. 194, Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd., à la p. 110.

³⁶ Précité à la note 14.

³⁷ Cheshire et North, *Private International Law*, 12^e éd. (1992).

Dicey et Morris³⁸, a également souligné que la décision du juge Lane dans l'affaire *Cruse c. Chittum*, soit que la résidence habituelle supposait « quelque chose de plus » que la résidence ordinaire, n'était peut-être plus une règle de droit applicable, surtout depuis l'affaire *Re E. (enlèvement d'enfant)*³⁹.

Pour savoir si la résidence habituelle désigne dorénavant la même chose que la résidence ordinaire dans les provinces canadiennes de common law, il faut se demander si l'évolution de la définition mentionnée par les auteurs précités se limite aux lois qui régissaient les affaires qu'ils ont consultées. Le courant de pensée actuel en Angleterre semble indiquer que les deux concepts sont essentiellement identiques en droit de la famille. Soulignons par ailleurs que le libellé des versions anglaise et française de la définition de la « résidence » à l'article 77 du *Code civil du Québec* semble traiter les deux concepts comme s'ils étaient interchangeables. Autrement dit, il se peut que l'absence d'une définition statutaire de la résidence habituelle amène les tribunaux de common law à interpréter ce concept en fonction de l'objet visé afin de tenir compte des circonstances dans lesquelles les termes sont utilisés⁴⁰, mais qu'ils soient toutefois enclins à considérer que la résidence habituelle est l'équivalent de la résidence ordinaire en droit de la famille, particulièrement en matière de garde ou d'accès, où les deux notions servent principalement à fixer un seuil de compétence dans le but de décourager l'enlèvement d'enfants et de faire en sorte que les questions relatives à la garde et à l'accès soient tranchées à l'endroit où la vie familiale de l'enfant est centralisée.

Au Manitoba, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*⁴¹, il peut s'avérer problématique de faire correspondre la résidence habituelle à la résidence ordinaire, car le législateur traite la résidence habituelle et le domicile comme des concepts identiques, et tous conviennent que le domicile est différent de la « résidence ordinaire » à divers égards. Par contre, les Commissions du droit de l'Angleterre et de l'Écosse⁴² ont recommandé que la résidence habituelle ne remplace pas le concept du domicile en tant que facteur de rattachement général, parce qu'il reste à peaufiner la résidence habituelle comme notion juridique dans les administrations de common law. Malheureusement, je n'ai pu trouver aucune décision manitobaine qui donnait des indications sur la façon de rapprocher le domicile, la résidence habituelle et la résidence ordinaire au regard du texte législatif.

Si la résidence habituelle et la résidence ordinaire étaient des notions interchangeables, il s'ensuivrait qu'une personne, au moins en principe, pourrait ne pas avoir de résidence habituelle⁴³ (sous réserve des dispositions législatives énonçant le contraire) et qu'une

³⁸ L. Collins, AV Dicey et JHC Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12^e éd. (1993).

³⁹ [1991] RCF 632 (infirmé sur les faits [1992] 1 RCF 541 (CAF)).

⁴⁰ C.f. *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)* [1993] 2 RCS 995, juge Cory — interprétation de la notion de résidence en ce qui a trait au droit de vote.

⁴¹ CCSM, ch. D96.

⁴² *The Law of Domicile* (Law Com. 168), par. 3.5-3.8.

⁴³ C.f. *Hack c. Hack* (1976) 6 Fam. Law 177; *Re J (un mineur) (enlèvement)* [1990] 2 AC 562; *W. and B. c. H.* (enlèvement d'enfant : maternité par substitution) [2002] 1 FLR 1008 (HC) — (dans des cas exceptionnels, même l'enfant ne pourrait avoir de résidence habituelle).

personne pourrait avoir sa résidence habituelle à deux endroits ou plus⁴⁴ (ce qui semblerait incompatible avec l'exclusivité qu'on assortit généralement à la résidence habituelle). Cependant, tout pourrait dépendre du contexte dans lequel cette notion serait utilisée⁴⁵.

Indépendamment de la relation entre la résidence habituelle et la résidence ordinaire, on semble reconnaître généralement qu'il n'y a en réalité aucune différence pratique entre la résidence « ordinaire » et la résidence « habituelle » d'un jeune enfant⁴⁶.

Même s'il est reconnu généralement que la résidence habituelle relève principalement des faits et non du droit, les tribunaux de common law semblent déterminer la résidence habituelle d'un enfant d'après la vie de la famille avant la séparation et non pas simplement en fonction de l'endroit où vit l'enfant lorsque son lieu de résidence habituel devient source de litige⁴⁷.

Dans l'affaire *Krisko c. Krisko*⁴⁸, la cour a statué que deux enfants qui étaient des citoyens canadiens n'avaient pas leur résidence habituelle en Ontario aux fins de l'établissement de la compétence en vertu de l'art. 22 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* alors qu'ils avaient vécu avec leurs parents à Dubai pendant une période indéterminée, même si les parents avaient l'intention de retourner en Ontario à un moment donné. Bien qu'il soit douteux que le domicile de choix des parents soit passé de l'Ontario à Dubai, la nature et la durée de leur séjour dans ce pays suffisaient à en faire leur lieu de résidence habituelle. Pour les mêmes raisons, les enfants avaient également leur résidence ordinaire à Dubai selon n'importe quelle définition valable de cette expression.

Dans l'affaire *Chan c. Chow*, 2001 BCCA 276, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est attardée à la « résidence habituelle » d'un enfant au sens des par. 44(2) et (3) de la *Family Relations Act*⁴⁹ et de la Convention de La Haye, se demandant en particulier si la définition de la résidence habituelle aux par. 44(2) et (3) de

⁴⁴ *Commissioner, Western Australia Police c. Dorman* (1997) FLC 92-766. Malgré tout, la plupart des tribunaux rejettent la notion qu'un enfant puisse avoir plus d'une résidence habituelle à la fois aux fins de la garde, mais ils acceptent qu'il puisse avoir des résidences par alternance si les parents partagent le temps de garde en périodes à peu près équivalentes : *Re A. (enlèvement : résidence habituelle)* [1998] 1 FLR 497 (Chambre des lords).

⁴⁵ P. ex., dans l'arrêt *Cameron c. Cameron* 1996 C.S. 17, le tribunal a énoncé clairement que la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* se fondait sur le principe qu'un enfant pouvait avoir une seule résidence habituelle à la fois.

⁴⁶ Voir *Re S.* [1998] AC 750; *Re J.* [1990] 2 AC 562; *Hunter c. Hunter* 2005 SKQB 93 (CBRS); *Bedard c. Bedard* 2004 SKCA 101 (CAS); *Brooks c. Brooks* (1998) RFL (4th) (CAO).

⁴⁷ Voir *Krisko c. Krisko*, ci-après.

⁴⁸ 27 janvier 2000, doc. Simcoe 4216/99 (Ont., div. gén.); appel rejeté (2000) 137 OAC 7 (CA). Voir aussi *Baker c. Arthurs* (1994) 124 Nfld & PEIR 69 (CATN) : les enfants avaient leur résidence habituelle en Ontario aux fins de l'exercice de la compétence en vertu de la *Children's Law Reform Act* de Terre-Neuve parce qu'ils vivaient avec leurs parents et que ces derniers avaient l'intention de vivre indéfiniment en Ontario avant la séparation.

⁴⁹ LRCB 1996, ch. 128.

la loi provinciale⁵⁰ s'appliquait en vertu de la Convention. La juge Proudfoot a souligné que les décisions rendues sur ce point par les cours supérieures étaient contradictoires⁵¹ et a conclu que la définition donnée dans la *Family Relations Act* ne s'appliquait pas en vertu de la Convention, essentiellement parce que la loi et la Convention visaient des objectifs différents⁵². En toute déférence, je ne suis pas convaincu par les commentaires de la juge Proudfoot sur les difficultés d'application de la définition statutaire à la Convention. Fait plus important encore, elle a semblé fonder sa conclusion, du moins en partie, sur les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*⁵³ : il avait déclaré que les dispositions de la Convention et la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* du Manitoba⁵⁴ devaient s'appliquer indépendamment les unes des autres. Contrairement à l'impression donnée par la juge Proudfoot, lorsque les commentaires du juge La Forest sont replacés dans leur contexte, ils semblent confirmer que la Convention et la loi visaient des objectifs similaires, c'est-à-dire faire en sorte que la garde soit décidée à l'endroit où la vie de l'enfant était centralisée. En outre, il est difficile de voir comment un tribunal pourrait décider que l'enfant avait sa résidence habituelle dans une province afin de déterminer la garde mais qu'il n'y avait pas sa résidence habituelle pour ordonner son retour contrairement à une ordonnance rendue dans cette province parce que l'enfant y résidait habituellement⁵⁵. Finalement, la définition de la résidence habituelle dans la loi manitobaine (comme dans la loi uniforme) reflète simplement la définition élaborée par les tribunaux de common law en général. À la lumière de la définition énoncée aux par. 44(2) et (3) de la *Family Relations Act*, la juge Proudfoot a déclaré que cette loi établissait une distinction importante entre les soins prodigués par des parents et par des parents-substituts. Aux alinéas 44(2) *a*) et *b*), il est dit qu'un enfant doit simplement « résider » avec un de ses parents ou les deux afin d'être réputé avoir sa résidence habituelle à un endroit, tandis que l'enfant qui habite avec un parent-substitut doit résider avec cette personne sur une base permanente pendant une longue période⁵⁶.

Dans *Bedard c. Bedard*⁵⁷, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que le père n'avait pas donné son assentiment au déplacement unilatéral des enfants par la mère, qui les avait emmenés de la Colombie-Britannique, où la famille avait vécu avant la séparation, jusqu'en Saskatchewan. Les enfants avaient leur résidence habituelle en

⁵⁰ Cette loi intègre les dispositions de la loi uniforme sur la garde adoptée par bon nombre de provinces de common law.

⁵¹ P. ex., *Petnehazi c. Kresz* [1999] BCJ No. 1238 (CS) et *Hewstan c. Hewstan* 2001 BCSC 368.

⁵² Comparer avec *Medhurst c. Markle* (1995) 26 O.R. (3d) 178 (Ont., div. gén.) (le juge a rejeté l'opinion selon laquelle il y a différentes interprétations de la résidence habituelle selon les dispositions internes sur la garde et la Convention de La Haye).

⁵³ [1994] 3 RCS 551, à la p. 603.

⁵⁴ LRM 1987, ch. 360.

⁵⁵ Comparer avec *Re S.* [1998] AC 750, où la Chambre des lords a décidé que l'enfant avait sa résidence habituelle en Angleterre en vertu des dispositions internes sur la garde puis a ordonné le retour de l'enfant en vertu de la Convention parce que l'enfant avait été illicitement retenu en Irlande à l'extérieur de son lieu de résidence habituelle.

⁵⁶ Voir les commentaires de lord Slynn dans *Re S. (garde : résidence habituelle)* [1998] AC 750 (Chambre des lords), qui est parvenu à une conclusion semblable dans le cadre d'une instance fondée sur la Convention, où l'enfant avait été emmené par sa grand-mère de l'Angleterre jusqu'en Irlande.

⁵⁷ 2004 SKCA 101 (CAS).

Colombie-Britannique et la mère ne pouvait modifier unilatéralement ce lieu de résidence habituelle des enfants en les déplaçant sans une ordonnance judiciaire ou encore sans le consentement ou l'assentiment du père. Celui-ci a agi promptement afin d'obtenir une ordonnance de garde en Colombie-Britannique, mais il n'a pas essayé de la faire exécuter en Saskatchewan avant que ne s'écoule une longue période pendant laquelle il a essayé de négocier avec la mère. La Cour d'appel a rejeté l'évaluation des éléments de preuve faite par le juge du procès et a statué qu'il n'y avait aucune preuve claire et convaincante d'un consentement ou d'un assentiment sans équivoque au déplacement des enfants. Par conséquent, les tribunaux de la Saskatchewan n'avaient pas la compétence voulue pour se prononcer en matière de garde en vertu des par. 15(1) et (2) de la *Children's Law Act*, compte tenu des procédures pendantes en Colombie-Britannique, province où les enfants avaient leur résidence habituelle. L'analyse faite en vertu de la loi reflétait la même définition que les tribunaux des provinces de common law appliquent en vertu de la Convention afin de déterminer le lieu de résidence habituelle de l'enfant.

Dans l'affaire *Hunter c. Hunter*, 2005 SKQB 93 (CBRS), le juge Wright s'est également attardé au sens de l'expression « résidence habituelle » de l'enfant utilisée à l'art. 15 de la *Children's Law Act*⁵⁸, lorsque la mère a emmené l'enfant de la Colombie-Britannique jusqu'en Saskatchewan. Le juge Wright a fait la distinction avec l'arrêt *Bedard c. Bedard* pour conclure que le père avait donné son assentiment au déplacement de l'enfant par la mère, même s'il ne l'avait pas initialement accepté. Il n'avait soulevé aucune objection au fait que l'enfant habite en Saskatchewan et n'avait institué aucune procédure dans cette province ou en Colombie-Britannique; il avait même reconnu dans une entente conclue avec la mère que l'enfant vivait avec elle. L'assentiment du père était suffisant pour permettre à la mère de faire en sorte que le nouveau lieu de résidence habituelle de l'enfant soit la Saskatchewan.

Dans le jugement *Dale c. Dale*⁵⁹, le juge Belch a refusé de reconnaître sa compétence pour déterminer la garde relativement à deux enfants qui avaient été emmenés par leur mère, avec le consentement du père, de la Pennsylvanie en Ontario afin d'y fréquenter l'école jusqu'à la fin de l'année scolaire, en juin 2003. Le père a prolongé son consentement jusqu'au 31 août 2003, puis jusqu'au 31 décembre de la même année. En novembre 2003, la mère l'a informé qu'elle avait l'intention de rester en Ontario avec les enfants. Le juge Belch a déclaré que les enfants avaient leur résidence habituelle en Pennsylvanie, selon le par. 22(2) de la *LRDE* avant leur déplacement vers l'Ontario, que la mère ne pouvait unilatéralement changer le lieu de résidence habituelle des enfants et que le père avait seulement consenti à un séjour temporaire en Ontario. Il a ensuite statué que les enfants devaient être retournés en Pennsylvanie en vertu de la Convention parce que les enfants ayant leur résidence habituelle en Pennsylvanie en vertu de la loi ontarienne, ils y avaient aussi leur résidence habituelle au sens de la Convention.

⁵⁸ Cette loi intégrait la loi uniforme comme en Colombie-Britannique et en Ontario.

⁵⁹ 22 novembre 2004, doc 667/03 (CSJO).

(c) La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

Collins⁶⁰ souligne que la notion de résidence habituelle est depuis longtemps une expression privilégiée par la Conférence de La Haye sur le droit international privé, mais qu'aucune définition n'a jamais été incluse dans une convention de La Haye. Les décisions rendues dans les provinces de common law sont compatibles avec la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* : ainsi, un enfant a sa résidence habituelle à l'endroit où il a vécu pour la dernière fois avec ses deux parents dans un cadre familial⁶¹. Selon la jurisprudence, la famille doit véritablement s'être établie à un endroit pour que celui-ci devienne le lieu de résidence habituelle de l'enfant. Un bref séjour ou une présence temporaire ne suffisent pas à établir la résidence familiale à un endroit.

Les tribunaux des provinces de common law ont fréquemment déclaré qu'un parent ne peut changer unilatéralement le lieu de résidence habituelle de l'enfant en se déplaçant avec celui-ci. Bien que le droit de « garde » s'assortisse du droit de décider où l'enfant vivra⁶² — et la Cour suprême du Canada est allée jusqu'à laisser entendre qu'un parent gardien peut être en mesure de changer unilatéralement la résidence habituelle de l'enfant même lorsqu'il y a une disposition interdisant le déplacement⁶³ — les tribunaux canadiens ne semblent pas enclins à conclure qu'une ordonnance de garde sous-entend le droit de le faire unilatéralement à moins qu'elle ne le dise expressément⁶⁴ ou à moins que la loi régissant l'exercice de la garde par le parent lui permette de changer unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant⁶⁵.

Il est certain qu'en cas de garde partagée, un des parents n'a pas le pouvoir de modifier le lieu de résidence habituelle de l'enfant sans une ordonnance judiciaire à cette fin ou sans le consentement ou l'assentiment de l'autre parent⁶⁶, puisque le droit de garde partagée s'assortit habituellement du droit de participer aux grandes décisions parentales, notamment le choix du lieu de résidence de l'enfant⁶⁷. Indépendamment des commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*⁶⁸, la plupart des tribunaux semblent accepter qu'un parent qui a le droit de garde, avec la réserve toutefois

⁶⁰ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Collins, dir., 13^e éd. (2000), p. 149.

⁶¹ Voir *R.(B) c. C. (LRS)* 2001 CarswellBC 1161 (CACB) (le tribunal passe en revue les notions de résidence habituelle et de déplacement illicite).

⁶² *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 RCS 27.

⁶³ *Thomson c. Thomson* (1994) 3 RCS 551 (CSC).

⁶⁴ Voir les arrêts commentés par McLeod et Mamo, *Annual Review of Family Law 2004* (Carswell), aux pp. 23 et 24.

⁶⁵ P. ex., *Re J. (un mineur) (enlèvement : droits de garde)* [1990] 2 AC 562 (Chambre des lords).

⁶⁶ *C. (DM) c. W. (DL)* (2001) 15 RFL (5th) 35 (CACB) (la mère ayant la garde partagée a reçu l'ordre de ramener l'enfant).

⁶⁷ Il est clair que si un tribunal local était saisi d'une ordonnance rendue par un tribunal d'un autre pays, il lui faudrait examiner la loi étrangère pour savoir si l'entente de garde partagée s'assortit du droit de participer au choix du lieu de résidence de l'enfant; cependant, il ne devrait pas présumer qu'il existe un droit de changer unilatéralement le lieu de résidence.

⁶⁸ Précité à la note 57.

que l'enfant ne soit pas déplacé, n'aura pas la possibilité de changer unilatéralement le lieu de résidence habituelle de l'enfant en déplaçant celui-ci⁶⁹, même si la Cour suprême du Canada donne à penser que ce serait possible après une ordonnance de garde finale⁷⁰. Les parents peuvent convenir d'un changement du lieu de résidence habituelle de l'enfant ou un parent peut donner son assentiment à un tel changement par l'autre parent⁷¹. Cependant, les tribunaux sont réticents à conclure qu'il y a eu entente ou assentiment à l'égard du changement en l'absence de preuves claires⁷².

Dans l'affaire *Williams c. Elliott*⁷³, le juge Steinberg a souligné combien il pouvait être difficile de déterminer le lieu de résidence habituelle d'un enfant dans une famille très mobile. Sa solution se rapproche de l'analyse des liens étroits et véritables dans les cas incertains.

Dans l'arrêt *Chan c. Chow*⁷⁴, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tranché une question similaire, mais d'une manière plus traditionnelle. Les parents s'étaient mariés en Alberta en 1993, ils avaient eu un enfant en 1994, puis s'étaient séparés en 1995. En janvier 1996, la mère a obtenu la garde provisoire au moyen d'une ordonnance prononcée en l'absence de son époux et avait emmené la fillette en Australie sans en informer le père. Elle a ensuite emmené l'enfant à Hong Kong. Entre-temps, le père s'est vu accorder la garde provisoire de l'enfant. Il a aussi déménagé à Hong Kong pour tenter de se réconcilier avec la mère. En avril 1997, les parties ont divorcé en Alberta et ont obtenu la garde partagée. En juillet 1998, elles ont encore tenté de se réconcilier en Ontario. La famille a déménagé en Colombie-Britannique en août 1998, puis à Hong Kong en juin 1999. Les parents se sont séparés de façon permanente lorsqu'ils vivaient à Hong Kong, et l'enfant passait autant de temps avec chaque parent. En mars 2000, le père est retourné en Colombie-Britannique avec l'enfant, mais à l'insu de la mère et sans son consentement. La mère a demandé le retour de l'enfant à Hong Kong en invoquant la Convention. Le juge en chambre a souligné que le permis de séjour de l'enfant à Hong Kong et le statut d'immigrante de la mère au Canada étaient sur le point d'expirer, puis il a conclu que la Convention ne s'appliquait pas parce que la fillette n'avait pas sa résidence habituelle à Hong Kong juste avant que le père ne l'emène en Colombie-Britannique. La Cour d'appel n'était pas d'accord et a statué que l'enfant avait sa résidence habituelle à Hong Kong immédiatement après son déplacement. La fillette y avait passé neuf mois, ce qui est une période appréciable, et les parents avaient clairement la ferme intention de s'installer à Hong Kong avant leur séparation finale, ce qui signifie qu'ils y avaient leur résidence habituelle et que celle de l'enfant était liée à la leur. Puisque les parents avaient la garde partagée, aucun des deux n'avait le droit légal de

⁶⁹ *Thorne c. Dryden-Hall* (1997) 28 RFL (4th) 297 (CACB).

⁷⁰ Voir *Thomson c. Thomson*, précité, où la Cour suprême a laissé entendre que la situation était différente selon que cette restriction faisait partie d'une mesure provisoire ou d'une ordonnance finale.

⁷¹ Comparer les résultats avec les faits de l'arrêt *Bedard c. Bedard* 2004 SKCA 101 (CAS) et de l'affaire *Hunter c. Hunter* 2005 SKQB 93 (CBRS) appliquant la même analyse du droit.

⁷² Voir *Brooks c. Brooks* (1998) 39 RFL (4th) 187 (CAO) (le tribunal n'avait pas la compétence pour entendre la cause à l'égard d'un enfant emmené du Manitoba jusqu'en Ontario); *Bedard c. Bedard*, précité (aucune preuve claire et convaincante d'une entente ou d'un assentiment).

⁷³ (2001) 21 RFL (5th) 247 (CSJO).

⁷⁴ 2001 CACB 276 (CACB).

changer unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant. Cependant, cette décision n'a pu clore le dossier, puisque le retour de l'enfant risquait de créer une situation intolérable du fait que la fillette serait obligée d'être déplacée encore une fois à l'expiration de son permis de séjour à Hong Kong et que la mère avait un style de vie instable. Par conséquent, le tribunal a refusé d'ordonner le retour de l'enfant en vertu de la Convention et a renvoyé la question à procès dans la province. Les motifs du tribunal confirment que le statut incertain d'une personne en matière d'immigration ne l'empêche pas d'établir son lieu de résidence habituelle à un endroit, même si cette incertitude peut déterminer en partie si l'intention de la personne de demeurer à cet endroit pendant une période indéterminée est fondée ou non.

Même s'il ne s'agit pas d'un jugement canadien, les propos du juge Kozinski dans l'affaire *Mozez c. Mozez*⁷⁵ renferment certaines observations utiles sur le sens de la résidence habituelle dans d'autres pays de common law. Cet appel faisait suite à une décision rendue en Californie, état de tradition civiliste, mais il est clair que la Cour d'appel appliquait des concepts tirés de la common law⁷⁶. La mère avait emmené les enfants d'Israël en Californie avec le consentement du père pour une période limitée (environ 15 mois) et dans un but spécifique (essentiellement les études). Cependant, un an après leur arrivée en Californie, la mère a demandé le divorce et la garde en Californie, tandis que le père demandait le retour des enfants en Israël en s'appuyant sur la Convention. Il a fait appel à la Cour du district lorsque cette requête a été rejetée. Le juge Kozinski a souligné que la Convention visait à prévenir le déplacement unilatéral d'enfants de leur lieu de résidence habituelle contrairement aux droits de garde d'une personne. Il fallait établir dans cette affaire si les enfants avaient encore leur résidence habituelle en Israël ou si la Californie était devenue leur lieu de résidence habituelle compte tenu de la nature et de la durée de leur présence en sol californien. Le juge Kozinski a rejeté l'argument suivant lequel les termes « résidence habituelle » avaient un sens simple et évident. Bien qu'il ait tenté de minimiser les dimensions techniques de cette expression, il a reconnu que leur sens était une question de droit, puisqu'il dépendait de l'interprétation des lois, même si la signification des mots était essentiellement une question de fait; il s'agissait donc d'une question mixte de fait et de droit. Il a confirmé la règle de droit anglaise, c'est-à-dire l'absence de distinction réelle entre la résidence ordinaire en droit britannique et la résidence habituelle au sens de la Convention, et il a aussi réitéré que la différence entre la résidence habituelle et le domicile découlait de l'intention requise pour établir l'une ou l'autre. Il a affirmé très clairement que la résidence habituelle nécessitait la preuve d'une ferme intention de résider en un lieu pendant une période indéterminée. Il a également rappelé que de nombreux tribunaux ont statué qu'une personne pouvait avoir seulement une résidence habituelle à la fois en vertu de la Convention. Il y aurait une exception, rare, soit le cas où une personne séjourne pendant une période à peu près égale à deux endroits. L'analyse de la jurisprudence faite par le juge Kozinski comportait une décision québécoise, soit *Y.D. c. J.B (Droit de la famille — 2454)*⁷⁷, où le tribunal a semblé s'attacher simplement aux faits objectifs mais

⁷⁵ Cour d'appel du Neuvième circuit des États-Unis, le 9 janvier 2001.

⁷⁶ À la partie III de ses motifs, le juge Kozinski cite des arrêts et des ouvrages britanniques.

⁷⁷ [1996] RFD 512 (CSQ) (les enfants avaient vécu sans interruption avec les deux parents et fréquenté une école en Californie pendant trois ans).

avait néanmoins énoncé, selon le juge Kozinski, ce qui pourrait être considéré comme une conclusion sur le but établi, soulignant que les membres de cette famille n'étaient ni des visiteurs ni des touristes en Californie. On peut en conclure que l'intention peut être plus pertinente dans les faits et sur le fond que cela semble être le cas d'après la lettre et l'esprit des dispositions législatives québécoises. Le juge Kozinski a également convenu que, lorsqu'on parle d'enfants, l'intention ou l'objectif devant être pris en considération afin de déterminer le lieu de résidence habituelle était ceux des personnes ayant le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Les problèmes surgissent lorsque ces personnes ne s'entendent plus. D'après le juge, il n'est pas vrai qu'un enfant demeure habituellement résident au dernier endroit où les membres de la famille avaient vécu ensemble, à moins d'une ordonnance judiciaire ou d'une entente entre les parents en ce sens; il n'a pas accepté non plus qu'un parent, en règle générale, puisse changer unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant, à la lumière des faits objectifs, en vivant tout simplement à un autre endroit avec l'enfant. Il a plutôt adopté un point de vue plus largement reconnu, soit que ni l'un ni l'autre parent, après une séparation, ne pouvait généralement changer unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant et il devait obtenir une ordonnance judiciaire, un consentement ou un assentiment à cet égard. Il peut y avoir assentiment lorsqu'un parent, étant au courant du changement, n'y réagit pas. Le juge Kozinski a également confirmé que l'intention de vivre à un autre endroit ne signifiait pas l'établissement dans un lieu de résidence habituelle, à moins que la personne n'y soit présente physiquement.

Dans l'affaire *Mozes c. Mozes*, le juge Kozinski a émis l'opinion que les tribunaux compromettraient l'intégrité de la Convention s'ils permettaient que le lieu de résidence habituelle d'un enfant soit modifié trop facilement. En l'absence du consentement ou de l'assentiment de l'autre parent ou d'une ordonnance judiciaire, un parent devrait seulement être autorisé à changer le lieu de résidence habituelle de l'enfant en déplaçant l'enfant si celui-ci résidait à cet endroit pendant une période considérable sans que l'autre parent ne s'y oppose ou si la loi applicable permettait au parent de modifier unilatéralement le lieu de résidence d'un enfant dans le cadre de ses droits de garde. Bien que le juge Kozinski ait semblé accepter la possibilité d'un changement unilatéral si la durée du changement était suffisamment longue, il semblait par là se borner à reconnaître que l'assentiment pouvait être inféré de l'inaction de l'autre parent. Il a ensuite renvoyé l'affaire pour qu'elle soit tranchée sur la base des principes juridiques adéquats. En l'espèce, les parents avaient accepté que les enfants séjournent en Californie pour une période limitée et dans un but spécifique. Il n'y avait aucune entente ni assentiment à propos d'un séjour d'une durée indéterminée et aucun consentement à changer le lieu de résidence habituelle des enfants. La prise de mesures immédiates par le père en vue d'obtenir le retour des enfants a annulé tout changement et empêché le tribunal de conclure qu'il avait consenti à ce changement, de sorte qu'il semblait peu probable que le tribunal estime que le lieu de résidence habituelle des enfants avait changé.

Dans l'affaire *Haan c. Gracia*⁷⁸, les parents ont commencé à cohabiter en France en 1994, ont eu deux enfants et se sont mariés en France en 1999. La mère et les deux enfants étaient citoyens canadiens. Les parents se sont séparés et ont entamé des procédures de divorce en France, en 2002, mais se sont réconciliés par la suite et ont décidé de déménager en Alberta, au Canada. La mère et les enfants sont partis en premier, puis le père est arrivé quelques mois plus tard. Ce dernier a décidé qu'il voulait retourner en France, mais la mère a refusé de l'accompagner ou de lui permettre d'emmener les enfants. Le juge Power a refusé de rendre une ordonnance de retour visée par la Convention de La Haye à la demande du père, soulignant que celui-ci avait consenti à ce que toute la famille, y compris les enfants, déménage en Alberta. D'après les paroles et la conduite des parties, le juge était convaincu que le père et la mère avaient la ferme intention d'abandonner leur lieu de résidence habituelle précédent en France et d'en établir un nouveau en Alberta. Par conséquent, les enfants résidaient habituellement en Alberta et aucun motif ne justifiait d'ordonner leur retour, puisque la demande avait été déposée après le changement du lieu de résidence habituelle. Il n'y a qu'un seul aspect troublant dans cette affaire, c'est que le juge Power a statué que le lieu de résidence habituelle des enfants avait changé presque immédiatement après leur arrivée en Alberta. En toute déférence, cette conclusion me semble davantage fondée sur la notion de domicile que sur celle de la résidence habituelle, car la plupart des tribunaux exigent une présence physique pendant une période prolongée pour qu'une résidence habituelle soit établie. Selon le juge Power, à tout le moins, il n'y a aucune règle de droit obligeant une personne à avoir résidé pendant une longue période à un endroit afin que ce dernier devienne son lieu de résidence habituelle si l'intention d'y séjourner indéfiniment était assez claire. En toute déférence, je crois que cette conclusion devrait être abordée avec une certaine prudence, étant donné le poids de la jurisprudence et de la doctrine obligeant la présence physique pendant une période prolongée.

Dans l'affaire *Chan c. Chow*⁷⁹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la définition de la résidence habituelle dans l'article de la *Family Relations Act* portant sur la compétence en matière de garde ne s'appliquait pas lorsqu'il fallait déterminer le lieu de résidence habituelle d'un enfant en vertu de la Convention, mais c'est ce qu'elle semble avoir fait elle-même. Par contre, dans l'arrêt *Dale c. Dale*⁸⁰, le juge Belch a appliqué la même définition figurant au par. 22(2) de la LRDE pour décider quel était le lieu de résidence habituelle d'un enfant en vertu de la Convention; il n'a cependant fait aucun commentaire sur la légitimité de cette démarche. À moins que la définition contenue dans les dispositions internes sur la garde ne diffère clairement du sens usuel qu'on donne à la résidence habituelle en vertu de la Convention, il est probable que les tribunaux feront comme le juge Belch dans *Dale*, malgré les commentaires de la

⁷⁸ 2004 ABQB 74 (CBRA). Voir aussi *Proia c. Proia* 2003 ABQB 576 (CBRA), où le juge Rooke a déclaré que les parents et les enfants ont acquis la résidence habituelle en Alberta après la vente de leur maison en France et leur déménagement en Alberta, où ils avaient signé un bail résidentiel. La séparation des parents peu de temps après et le retour du père en France ne modifiaient en rien la résidence habituelle. Là encore, le tribunal a semblé convaincu que les parents et les enfants avaient acquis leur résidence habituelle en Alberta dès leur arrivée, en raison de la décision des parents de déménager.

⁷⁹ 2001 CACB 276 (CACB).

⁸⁰ 22 novembre 2004 doc 667/03 (CSJO).

juge Proudfoot dans l'arrêt *Chan c. Chow*, puisque la Convention et la loi uniforme sur la garde ont des objectifs semblables.

Dans l'affaire *Medhurst c. Markle*, (1995) 26 O.R. (3d) 178 (Ont., div. gén.), le juge de première instance a conclu que les parents avaient déménagé du Canada jusqu'en Allemagne pour y vivre indéfiniment et non pas en tant que touristes ou vacanciers. Par conséquent, les parents résidaient habituellement en Allemagne, tout comme leur fille, qui est née en Allemagne en décembre 1994. Le fait que la mère ait pu avoir la permission du père d'emmener l'enfant au Canada en février 2005 pour visiter la grand-mère paternelle de la fillette ne lui donnait pas le droit de changer le lieu de résidence habituelle de l'enfant lorsqu'elle a décidé de se séparer du père et de rester au Canada. Le père a interjeté appel. Durant l'appel, le juge Jenkins a souligné que le juge du procès s'était appuyé sur la définition de la résidence habituelle figurant au par. 22(2) de la *LRDE* afin de décider quel était le lieu de résidence habituelle en vertu de la Convention. Il a rejeté l'argument du père, qui faisait valoir que cette approche était inadéquate parce que ce sont les principes du droit international public et non pas le droit interne qui régissent l'interprétation des traités mis en œuvre dans le droit interne d'un pays⁸¹. Selon le juge Jenkins, puisque la Convention a été intégrée à la *LRDE*, elle fait partie des règles de droit ontariennes en matière de garde, et la même définition s'applique en vertu de la Convention qu'en vertu du par. 22(2) de la *LRDE*; il a souligné que la Cour suprême du Canada semblait reconnaître cette situation dans *Thomson c. Thomson*.

(d) Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilités parentales et de mesures de protection des enfants

Il n'existe aucune raison de croire que les tribunaux de common law adopteront une interprétation différente de la « résidence habituelle » en vertu de cette Convention qu'en vertu de la convention sur l'enlèvement international d'enfants, particulièrement à la lumière de la vaste jurisprudence qui découle de ce dernier instrument. Les objectifs stratégiques fondamentaux de la convention sur la compétence ne sont pas assez différents pour que les tribunaux soient incités à adopter une approche contextuellement différente. Même si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait raison dans l'affaire *Chan c. Chow*, c'est-à-dire si la résidence habituelle avait effectivement un sens différent en vertu de la convention et en vertu des dispositions internes sur la garde, cette convention, à l'instar de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, est aussi un traité international qui vise des objectifs de base semblables. Tout bien considéré, il est probable que la plupart des tribunaux suivront le raisonnement du juge Jenkins dans l'arrêt *Medhurst* plutôt que celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chan*, puisque tant les dispositions internes que la Convention visent à faire en sorte que les litiges en matière de garde soient tranchés exclusivement à l'endroit où la vie de l'enfant est centralisée afin de décourager l'enlèvement d'enfants et de réduire la multiplicité des procédures.

⁸¹ Il s'agit du même argument, quoique énoncé plus formellement, que la CACB avait accepté dans *Chan c. Chow*, précité.

La majorité des tribunaux de common law ont limité leur attention aux affaires émanant du Canada et, à l'occasion, de l'Angleterre ou du Commonwealth, pour décider du lieu de résidence habituelle d'un enfant en vertu de la Convention de La Haye et le feront, on peut le présumer, en vertu de la Convention sur la compétence, une fois qu'elle sera mise en œuvre.

3. (a) Le sens qui a été donné à la notion de « résidence habituelle » en vertu des conventions de la Haye était-il différent de celui qu'on retrouve dans la common law et dans les lois provinciales et territoriales?

Sauf si un texte législatif contient une définition différente ou lorsque le contexte exige une approche différente afin de respecter les objectifs stratégiques du législateur, il n'y a aucune raison de s'attendre à des interprétations fondamentalement opposées. Une mise en garde cependant : les règles au sujet du déplacement qui ont été appliquées dans les provinces de common law ne reconnaissent pas le droit d'un parent de changer unilatéralement le lieu de résidence habituelle de l'enfant même si ce parent possède un droit de garde exclusive, mais ce n'est peut-être pas le cas lorsque les droits de garde sont établis en vertu d'une loi d'un État contractant qui n'est pas une province de common law. Le cas échéant, c'est la loi étrangère qui régit le pouvoir du parent investi du droit de garde accordé par un tribunal de cet endroit de changer unilatéralement la résidence de l'enfant.

Bien qu'il semble y avoir une divergence fondamentale d'opinions quant au bien-fondé de transposer des définitions du droit interne lorsqu'on interprète la Convention, comme l'ont mentionné la juge Proudfoot dans l'affaire *Chan c. Chow*⁸² et le juge Jenkins dans l'arrêt *Medhurst c. Markle*⁸³, tel que je l'ai indiqué précédemment, la plupart des juges ne sont même pas conscients de ce dilemme et intègrent simplement la définition de la loi uniforme à la Convention; par ailleurs, ceux qui connaissent ces divergences d'opinions souscriraient probablement plus volontiers à la décision du juge Jenkins qu'à celle de la juge Proudfoot. Ce point semble presque dénué de toute pertinence puisque la définition qui figure dans la loi uniforme reflète la jurisprudence qui s'est créée en vertu de la Convention et d'autres conventions de La Haye, comme l'ont souligné divers auteurs.

Au Manitoba, l'assemblée législative a modifié le droit en édictant la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, où les deux expressions reçoivent le même sens juridique. En vertu de cette loi, les règles de common law concernant le domicile sont abolies, et le domicile ainsi que la résidence habituelle sont considérés être la même chose. Ainsi, le domicile et la résidence habituelle de chaque personne se trouvent dans l'état et dans une subdivision de celui-ci où l'établissement principal de cette personne est situé, et où celle-ci a l'intention de résider. Une personne est présumée avoir l'intention de résider pendant une période indéterminée dans l'état et dans une subdivision de celui-ci où son établissement principal est situé, à moins qu'une intention contraire ne soit démontrée. Le législateur redéfinit essentiellement le domicile des adultes ayant la pleine capacité

⁸² 2001 CACB 276 (CACB).

⁸³ (1995) 26 OR (3d) 178 (Ont., div. gén.).

juridique en fonction de la résidence habituelle, au sens où l'entendent les provinces de common law, et instaure une présomption légale d'intention. Cependant, une personne ne peut avoir qu'un domicile ou qu'une seule résidence habituelle à la fois et elle conserve son domicile et sa résidence habituelle jusqu'à ce qu'elle acquiert un nouveau domicile ou une nouvelle résidence habituelle (contrairement aux principes du droit de retour en common law). Même si le domicile de dépendance est aboli, des règles spéciales s'appliquent aux personnes inaptes et aux enfants, qui continuent d'avoir des domiciles et des résidences habituelles différents et distincts. Bien que le domicile de l'enfant soit juridiquement celui de ses parents, le lieu de résidence habituelle d'un enfant dépendra de l'endroit où il habite normalement et habituellement, ce qui est analogue au droit québécois. Cela étant dit, puisque les enfants habitent habituellement avec leurs parents, la distinction est plus théorique que réelle dans la plupart des cas.

Dans l'affaire *Fareed c. Latif*⁸⁴, une femme avait demandé le divorce et réclamait le partage des biens familiaux en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Son époux a demandé la suspension de l'instance ou le rejet de la requête en invoquant l'absence de compétence du tribunal manitobain. Le juge Mercier a statué que l'établissement principal de l'époux, et donc son domicile et sa résidence habituelle, était en Égypte, tandis que celui de son épouse se trouvait au Manitoba. Par conséquent, le tribunal avait la compétence voulue pour rendre une ordonnance alimentaire s'il choisissait de le faire, bien qu'il puisse y avoir des problèmes d'exécution. La *Loi sur les biens matrimoniaux* s'appliquait si le dernier lieu de résidence habituelle commun des conjoints se trouvait au Manitoba. Selon le juge Mercier, le dernier lieu de résidence habituelle commun des parties était une question de fait qu'il ne pouvait pas trancher sur la foi des affidavits contradictoires, et il a renvoyé la question au juge de première instance. Pour décider de la compétence du tribunal manitobain en vertu de la *Loi sur le divorce*, le juge Mercier s'est fondé sur la jurisprudence mentionnée plus haut en ne précisant pas toutefois si la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle* avait un effet quelconque sur la résidence habituelle.

Dans l'affaire *L. (TI) c. F. (JL)*⁸⁵, il fallait déterminer si un tribunal manitobain avait compétence pour entendre une requête en adoption. Les parents adoptifs étaient tous les deux nés au Manitoba et y avaient vécu toute leur vie; ils voulaient adopter un enfant né au Dakota du Nord. La mère biologique avait accepté de leur confier son enfant et, trois jours après la naissance de l'enfant, c'est ce qu'elle a fait. La demande a été rejetée parce que l'enfant n'avait pas résidé au Manitoba, comme l'exigeaient les dispositions locales en matière d'adoption. Même si l'enfant avait son domicile et sa résidence habituelle au Dakota du Nord en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, puisque ses parents biologiques y résidaient et qu'il y était né, la question du domicile et de la résidence habituelle n'était pas pertinente en vertu des dispositions sur l'adoption. Il suffisait simplement que l'enfant réside au Manitoba avant son adoption, ce qui est arrivé après que la mère l'a placé dans cette province. Le fait que le père biologique n'ait pas donné son consentement ou n'ait même pas été informé n'avait aucune pertinence au regard de la simple résidence.

⁸⁴ (1991) 31 RFL (3d) 354 (CBRM).

⁸⁵ (2001) 16 RFL (5th) 173 (CAM).

Par contre, dans l'arrêt *Moggey c. Lawler*⁸⁶, le juge Clearwater a semblé établir une corrélation entre la résidence ordinaire et la résidence habituelle, contrairement à ce qui semblait être le libellé clair de la loi. Les parents avaient vécu ensemble au Dakota du Nord sans se marier pendant deux ans et demi, jusqu'à ce que leur enfant ait 14 mois. Les parents ont signé une entente qui accordait la garde au père et réservait des droits d'accès à la mère. Six mois après la séparation, la mère s'est mariée et a déménagé au Manitoba avec l'enfant. Elle a demandé la garde au Manitoba, tandis que le père a revendiqué la garde au Dakota du Nord. Bien que la mère et l'enfant aient eu la citoyenneté américaine, la mère a demandé la résidence permanente au Canada pour elle et son enfant. Le juge Clearwater a statué que le Manitoba avait compétence pour entendre une demande de garde d'enfants ayant leur résidence ordinaire au Manitoba, puis a souligné qu'en vertu de la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, nul ne peut avoir plus d'un domicile ou plus d'une résidence habituelle. Cependant, le tribunal devait exercer cette compétence seulement s'il existait des liens véritables et étroits avec les questions en litige. Le juge Clearwater a fait valoir qu'indépendamment des modalités de l'entente intervenue entre les parties ou du fait que le père s'était chargé des soins de l'enfant pendant de longues périodes, jusqu'à ce qu'il soit appelé en service actif dans l'armée, la fillette avait été confiée aux soins de la mère pendant la majeure partie de sa vie et pour des périodes prolongées avec la connaissance et l'assentiment du père. Elle n'avait pas été sortie clandestinement du Dakota du Nord et possédait des liens véritables et étroits avec le Manitoba compte tenu de la durée de son séjour dans cette province. Le juge Clearwater semblait se satisfaire de fonder la résidence ordinaire sur les faits en l'espèce sans tenir compte de la personne qui avait la garde légale. Cette situation reflète mon interprétation de la position judiciaire qui prédomine au Québec, pour ce qui est de se prononcer sur la résidence habituelle, mais pas nécessairement celle des provinces de common law au sujet de la résidence ordinaire ou de la résidence habituelle.

3. (b) Principales différences entre le Québec et les provinces de common law

Bien qu'il semble que les tribunaux du Québec et des provinces de common law tranchent les litiges en vertu de la Convention et de la *Loi sur le divorce* de la même manière, on peut déceler plusieurs différences de principes dans la façon dont ils abordent les divers facteurs liés à la compétence. Quatre points méritent d'être signalés.

(i) Est-ce que la résidence habituelle est la même chose que la résidence ordinaire?

Puisque la notion de résidence ordinaire ne fait pas partie du droit de la famille au Québec, il semble que les tribunaux québécois, lorsque ce point a été soulevé, aient donné le même sens aux deux expressions, ce dont témoigne le fait que la version anglaise de la *Loi sur le divorce* énonce que la résidence ordinaire (« ordinarily resident ») est la principale considération sur le plan de la compétence, tandis que le libellé français s'appuie sur la résidence habituelle (« réside habituellement »). Les tribunaux du Québec se sont prononcés fréquemment au sujet de la compétence, en vertu

⁸⁶ 2004 MBQB 198 (CAM).

des articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce*, d'après le lieu de résidence habituelle, mais ils ont cité les premières décisions rendues dans les provinces de common law en fonction de la résidence « ordinaire ». Par ailleurs, si on leur posait la question, les avocats civilistes répondraient probablement que la définition traditionnelle de la résidence « ordinaire » ne correspond pas à leur définition de la résidence « habituelle ». Il est évident qu'il est inacceptable que le même article portant sur la compétence ait un sens différent au Québec par rapport au reste du pays.

Il est encore plus difficile de savoir si les deux concepts sont identiques dans les provinces de common law. En effet, la résidence habituelle est une notion qui appartient au droit civil, non pas à la common law, et lorsqu'elle a été intégrée aux règles de droit des provinces de common law, elle a reçu une signification qui se situait quelque part entre celle de la résidence « ordinaire » et celle du domicile. Bien que la résidence habituelle soit moins technique et à caractère moins juridique que le domicile et qu'elle s'appuie principalement sur une question de fait — à l'instar de la résidence ordinaire — elle suppose une intention plus importante et durable que la résidence ordinaire. Au fil des ans, les deux concepts se sont fusionnés en raison de la manière dont ils ont été appliqués par les tribunaux de common law. Même si les tribunaux et les auteurs anglais semblent accepter que les deux notions signifient désormais la même chose, ils suivent peut-être en cela davantage l'Europe continentale que le Canada, parce que je ne suis pas convaincu que ce point fait vraiment l'unanimité ici. Plus particulièrement, bon nombre d'avocats et de juges de common law au Canada rejetteraient l'idée que la même intention est nécessaire dans les deux cas, qu'une personne peut n'avoir qu'une seule résidence ordinaire ou plus d'une résidence habituelle en droit. Je soupçonne néanmoins que les juges et les avocats parviendraient généralement à la même conclusion dans la plupart des cas si on leur demandait d'identifier, en fonction d'une même série de faits, le lieu de résidence habituelle et le lieu de résidence ordinaire d'une personne.

(ii) L'intention détermine-t-elle le lieu de résidence habituelle?

Les tribunaux québécois et les tribunaux de common law sont clairement en désaccord sur ce point par principe. Le Pr Goldstein⁸⁷ est d'avis que le droit québécois n'accorde aucune importance à l'intention lorsqu'il s'agit de décider du lieu de résidence habituelle d'une personne, mais qu'elle peut accessoirement être prise en considération dans des cas inusités, notamment pour distinguer la présence permanente de la présence ou d'un séjour de durée limitée. Les avocats de common law se font tout aussi insistants lorsqu'ils affirment que l'intention est une considération importante dans la détermination du lieu de résidence habituelle d'une personne, puisqu'on ne peut acquérir une résidence habituelle à un endroit à moins d'avoir l'intention d'y résider indéfiniment.

⁸⁷ LL.D., Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

(iii) Est-ce que le lieu de résidence habituelle de l'enfant devrait découler de ses liens avec un endroit et de son intention (en supposant qu'elle est pertinente) ou dépend-il de ses parents ou de toute autre personne qui en a la garde?

Traditionnellement, les tribunaux de common law ont lié la résidence habituelle et ordinaire d'un enfant à celle de ses parents. Le fait que de jeunes enfants n'ont pas d'intention en tant que telle et qu'ils vivent là où leurs parents les amènent explique probablement les liens qui sont énoncés au par. 22(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfant* en Ontario. Les règles sont moins claires lorsqu'il s'agit d'enfants plus vieux, mais la common law semble exiger que, tant et aussi longtemps que les parents décident de l'endroit où l'enfant vivra, la résidence habituelle et ordinaire de ce dernier dépendra des parents ou, dans des cas inusités, de la résidence ordinaire ou habituelle d'un parent-substitut qui exerce un droit de garde en vertu d'une ordonnance judiciaire. Dans ce cas, j'estime qu'un tribunal pourrait refuser de changer le lieu de résidence habituelle de l'enfant qui vit avec cet adulte s'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de le faire, et je m'appuie ici sur la jurisprudence qui concerne le domicile de dépendance d'une personne inapte; j'admets cependant n'avoir aucun jugement déterminant à citer sur ce point.

Puisque l'intention est non pertinente en droit québécois, le lieu de résidence habituelle d'un enfant est généralement vu comme une simple question de fait qui doit être tranchée à la lumière de toutes les circonstances d'une affaire indépendamment des gestes et des intentions des parents ou du gardien⁸⁸. Voilà qui semble être fondamentalement différent de la façon dont le lieu de résidence habituelle d'un enfant est déterminé dans les provinces de common law et qui reflète probablement la manière dont les tribunaux de common law établissaient le lieu de résidence ordinaire des enfants dans le passé.

Au Manitoba⁸⁹, le lieu de résidence habituelle d'un enfant est l'état et la subdivision de cet état où l'enfant réside normalement et habituellement. Cette définition semble conforme au droit québécois puisqu'elle est centrée sur la vie quotidienne de l'enfant et non pas sur les parents et qu'elle tient compte de la réalité objective de la vie de l'enfant au lieu des intentions des parents ou de l'enfant lui-même.

(iv) La définition de la résidence habituelle dans la loi uniforme sur la garde édictée dans bon nombre de provinces reflète-t-elle la définition qui se dégage de la Convention?

Indépendamment des propos de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Chan c. Chow*, qui affirmait que ce n'était pas le cas, la plupart des tribunaux de common law appliquent la même définition mais habituellement sans en discuter. Puisque cette définition s'appuie fortement sur l'intention et que la résidence habituelle de l'enfant y est dépendante de celle de ses parents ou d'un autre gardien légal, je serais surpris que les tribunaux québécois acceptent cette définition du lieu de résidence habituelle d'un enfant en vertu de la Convention ou d'un quelconque autre instrument.

⁸⁸ C.f. *Droit de la famille — 3713* [2000] QJ Np. 2967 (CAQ) commenté par M. Goldstein.

⁸⁹ *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, par. 9(2). J'ai pu trouver un seul arrêt qui mentionnait le par. 9(2) de la loi manitobaine : *L. (TI) c. F. (JL)* (2001) 16 RFL (5th) 173 (CAM), où le tribunal était d'avis que le critère s'appliquait en vertu des dispositions provinciales, mais sans donner d'autres précisions.

4. Qu'est-ce que la notion de résidence ordinaire signifie dans les contextes suivants :

(a) en common law

Les termes « résidence ordinaire » ne peuvent être définis avec précision⁹⁰. Dans sa forme la plus simple, la résidence ordinaire ne peut découler de la simple présence temporaire d'une personne à un endroit. Elle désigne le lieu où la vie d'une personne est centralisée et où la personne retourne régulièrement si sa présence n'y est pas continue⁹¹.

Les tribunaux ont commencé à recourir à la notion de résidence ordinaire dans les instances de garde après la décision rendue par le Conseil privé dans l'affaire *McKee c. McKee*⁹² afin de structurer leur pouvoir discrétionnaire d'assumer la compétence dans des dossiers où un enfant avait été déplacé unilatéralement par un parent jusqu'à un endroit où le parent revendiquait alors la garde. En conjuguant les décisions du Conseil privé, selon lesquelles un tribunal local n'était pas lié par une ordonnance de garde rendue à l'étranger et pouvait assumer la compétence si la personne était présente sur son territoire, on risquait de provoquer une épidémie d'enlèvements d'enfants et de se retrouver dans la situation embarrassante où deux tribunaux assumeraient la compétence et rendraient des ordonnances contradictoires sur la base des mêmes faits. Par conséquent, les tribunaux canadiens ont adopté une démarche, totalement dénuée de fondement législatif, par laquelle ils refusaient d'exercer leur compétence en vertu des dispositions provinciales sur la garde si l'enfant n'avait pas sa résidence ordinaire dans la province⁹³. Lorsque les dispositions sur la garde ont été révisées afin d'énoncer des exigences relatives à l'exercice de la compétence, certains tribunaux ont adopté la notion de « résidence ordinaire » comme point de départ. Alors que certains autres tribunaux déterminaient la compétence en fonction des liens véritables et étroits, quelques-uns se sont contentés de fonder leur compétence sur la simple présence physique, indépendamment de la façon dont l'enfant était arrivé dans la province ou le territoire en question.

⁹⁰ Voir *Re Gutierrez; Ex parte Gutierrez* (1879) 11 Ch. D. 298 (CA); *Re Hacquard; Ex parte Hacquard* (1889) 24 QBD 71 (CA); *Re Akt. Robersfors & Société anonyme des Papeteries de l'Aa* [1910] 2 KB 727.

⁹¹ *Hardy c. Hardy* (1969) 7 DLR (3d) 307 (HCO); *Girardin c. Girardin* (1974) 42 DLR (3d) 294 (CBRS). *Nielsen c. Nielsen* (1971) 16 DLR (3d) 33 (HCO).

⁹² [1951] 2 DLR 657 (CP). Voir également *Lussier c. Lussier* (1977) 3 RFL (2d) 335 (ODC).

⁹³ P. ex., *Firestone c. Firestone*, (1978) 7 RFL (2d) 93 (ODC); *Harnish c. Harnish* (1977) 4 RFL (2d) 105 (CBRS).

Selon la plupart des tribunaux de common law, la résidence ordinaire désigne l'endroit où une personne réside dans le cours normal de sa vie quotidienne. Si l'analyse s'effectue en fonction du foyer réel d'une personne, comme bon nombre de tribunaux l'ont laissé entendre⁹⁴, une personne n'aura habituellement qu'un seul lieu de résidence ordinaire⁹⁵, indépendamment des arrêts sur lesquels les tribunaux de la famille s'étaient appuyés, au début, qui avaient été rendus dans le contexte de l'impôt sur le revenu et énonçaient qu'une personne pouvait avoir plus d'une résidence⁹⁶.

Le lieu de résidence ordinaire d'un adulte dépendra de sa présence physique à un endroit pendant une période prolongée et de façon régulière ainsi que de son intention d'y vivre sur une base plus ou moins régulière⁹⁷; le lieu de résidence ordinaire d'un enfant mineur est l'endroit où il a vécu pour la dernière fois avec ses parents dans un cadre familial, et il change en fonction de la résidence ordinaire des parents. Si les parents se séparent, en principe, le lieu de résidence ordinaire de l'enfant devrait rester celui du parent qui a la garde⁹⁸. Cependant, comme nous l'avons vu plus tôt, les tribunaux ne permettront pas à un parent de changer unilatéralement le lieu de résidence ordinaire de l'enfant⁹⁹.

Dans l'affaire *Re P.*¹⁰⁰, lord Denning MR s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] « La Couronne protège chaque enfant qui possède son foyer ici et le protégera à l'égard de son foyer. Elle ne permettra à personne de le kidnapper et de le faire sortir du royaume. Ni même son père ou sa mère ne peut le faire sans le consentement de l'autre. L'auteur de l'enlèvement ne peut échapper à la compétence du tribunal par un tel stratagème. Si c'est le père qui s'enfuit avec l'enfant, comme c'est le cas ici, la mère n'est pas obligée de le suivre à l'étranger. Elle peut intenter une procédure contre lui en Angleterre ». Par conséquent, les tribunaux en sont venus à accepter unanimement qu'un parent ne pouvait changer unilatéralement après la séparation le lieu de résidence ordinaire de l'enfant, tel qu'il existait lorsque les membres de la famille vivaient ensemble; il doit y avoir une ordonnance judiciaire approuvant le déplacement ou encore le consentement ou l'assentiment de l'autre parent.

⁹⁴ P. ex., *Hardy c. Hardy* [1969] 2 OR 875 (HCJ); *Marsellus c. Marsellus* (1970) 13 DLR (3d) 383 (CSCB); *Davies c. Davies* (1980) 29 NBR (2d) 207 (CBR); *Stransky c. Stransky* [1954] P. 428, à la p. 437.

⁹⁵ Voir *Hopkins c. Hopkins* [1951] P. 116, à la p. 122, où le juge Picher a émis l'opinion qu'une personne ne pouvait résider ordinairement à deux endroits en même temps.

⁹⁶ P. ex., *Nowlan c. Nowlan* (1971) 2 RFL 67 (NÉ, 1^{ère} inst.); *Marsellus c. Marsellus* (1970) 13 DLR (3d) 383 (CSCB).

⁹⁷ Voir *Girardin c. Girardin et al* (1974) 2 WWR 180 (CBRS); *Penner c. Penner* (1986) 39 Man. R. (2d) 237 (CBR).

⁹⁸ *Re Chester* (1975) 62 DLR (3d) 367 (CSCB); *Re Landry and Lavers* (1985) 17 DLR (4th) 190 (CAO).

⁹⁹ *Nielsen c. Nielsen* (1970) 16 DLR (3d) 33, 37-39(HCJO); *Re Ritchie and Ritchie* (1974) 5 OR (2d) 520 (CA); *Re Firestone and Firestone* (1978) 90 DLR (3d) 742 (ODC); *Harnish c. Harnish* (1977) 4 RFL (2d) 105 (CBR).

¹⁰⁰ [1965] Ch. 568, aux pp. 585 et 586 (CA). Le point de vue de lord Denning sur le droit a été accepté dans *Re Walker and Walker* [1970] 3 OR 771, aux pp. 774 et 775; *Nielsen c. Nielsen* [1971] 1 OR 541, à la p. 546; *Harnish c. Harnish*, précité; *Manning c. Warford* (1979) 9 RFL (2d) 153.

Contrairement à la résidence véritable, la résidence ordinaire n'exige pas une présence physique continue à un endroit durant la période visée par la résidence ordinaire. Le fait qu'une personne ait un lieu fixe de résidence à un endroit est une considération importante, mais pas une condition légale, en vue d'établir et de maintenir la résidence ordinaire en un endroit¹⁰¹. Une personne ne perd pas sa résidence ordinaire lorsqu'elle quitte un lieu temporairement¹⁰². Cependant, elle la perdra si elle voyage à l'étranger pour y vivre et y travailler pendant une période indéterminée, même si elle a l'intention de revenir à son foyer précédent¹⁰³.

(b) dans les dispositions législatives provinciales ou territoriales qui utilisent cette expression

Le Parlement a intégré le concept de la résidence ordinaire en tant qu'un des éléments déterminant la compétence dans la *Loi sur le divorce* de 1968 et dans la version de 1985. Fait intéressant, la version française de la loi de 1968 contenait les termes « a ordinairement résidé », qui ont été changés pour « réside habituellement » en 1985. La notion de résidence ordinaire se retrouve également dans diverses lois fédérales et provinciales, dans le *Code criminel* et dans les dispositions sur l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires. De plus en plus, les lois portant sur la garde renvoient à la notion de résidence habituelle au lieu de la résidence ordinaire, probablement sous l'influence des conventions de La Haye. Il existe des différences contextuelles qui peuvent entraîner de légères différences, particulièrement dans divers codes provinciaux de procédure civile, qui sont limités à la compétence intraprovinciale ou territoriale, mais en bout de ligne la plupart des tribunaux ont eu recours à une analyse semblable à celle que nous avons décrite plus haut dans leur interprétation du concept en droit de la famille.

En matière d'impôt sur le revenu, les tribunaux semblent accepter qu'une personne puisse avoir plus d'une résidence ordinaire¹⁰⁴. Une interprétation semblable est possible en vertu de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* (loi fédérale), compte tenu de la nature corrective des dispositions et de leur objectif, qui est de faciliter l'exécution des ordonnances en droit de la famille.

Récemment, certains tribunaux semblent avoir évolué de manière à présumer qu'une personne peut n'avoir qu'une résidence ordinaire à la fois dans des circonstances normales¹⁰⁵, mais la plupart ne sont pas allés jusqu'à statuer qu'une personne ne peut, en droit, avoir plus d'un lieu de résidence ordinaire. Cependant, des décisions portent que l'intention de s'établir à un endroit n'entraînera pas un changement de résidence ordinaire

¹⁰¹ *Doucet c. Doucet* (1974) 47 DLR (3d) 22 (HCO); *Hardy c. Hardy*, précité; *Nowlan c. Nowlan*, précité; *Bryn c. Mackin* (1983) 32 RFL (2d) 207 (CSQ).

¹⁰² *Hardy c. Hardy*, précité; *Wood c. Wood*, (1969) 2 DLR (3d) 527 (CBRM); *Doucet c. Doucet* (1974) 47 DLR (3d) 22 (OCC).

¹⁰³ *Krisko c. Krisko*, précité; *Marsellus c. Marsellus*, précité; *Zoldester c. Zoldester* (1974) 42 DLR(3d) 316 (CSCB); *Graves c. Graves* (1973) 36 DLR (3d) 637 (NÉ, 1^{ère} inst.). Comparer avec *Nowlan c. Nowlan*, précité, où l'intention de retourner était plus concrète.

¹⁰⁴ P. ex., *Thomson c. MNR* [1946] RCS 209; *Schujhan c. MNR* [1962] Ex. CR 328.

¹⁰⁵ P. ex., *Stransky c. Stransky*, précité; *Hopkins c. Hopkins*, précité.

si la personne n'est pas présente physiquement à cet endroit¹⁰⁶. Bien que la raison de la présence d'une personne à un endroit soit pertinente, une personne y aura habituellement sa résidence ordinaire même si elle s'y trouve illégalement¹⁰⁷.

5. Les termes « ordinary residence » et « réside habituellement » sont-ils utilisés de façon interchangeable dans les versions anglaise et française des dispositions provinciales rédigées dans les deux langues officielles et, le cas échéant, les interprétations ont-elles changé?

J'ai vérifié les lois de l'Ontario, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick pour y recenser les textes en droit de la famille qui emploient les termes « ordinary residence » ou « ordinarily resident », et je n'ai pu trouver aucun jugement qui se fonde sur une interprétation différente de celle que nous avons vue plus haut, à l'exception d'un arrêt du Manitoba¹⁰⁸.

Au Manitoba, la version anglaise de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires*, LM 2001, ch. 33, art. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 et 32, mentionne le lieu où une partie est « ordinarily resident ». La version française utilise les termes « réside habituellement ». Je n'ai trouvé aucun arrêt qui appliquait un critère différent de celui que j'ai mentionné plus haut, mais je crois qu'il devrait y en avoir compte tenu de la définition de la « résidence habituelle » que renferme la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*. Cependant, bien que ses motifs soient quelque peu difficiles à suivre, il semble que le juge Clearwater ait établi une équivalence entre la résidence ordinaire et la résidence habituelle en vertu de la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle* lorsqu'il a déterminé la compétence en matière de garde en vertu de la *Loi sur l'obligation alimentaire*. Malheureusement, ses commentaires apparaissent de manière incidente, sans explication ou analyse.

Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les services à la famille*, LNB 1980, ch. F-2.2, art. 51, et la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*, LNB 2002, ch. I-12.05, art. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 28 et 29, utilisent les termes « ordinarily resident » dans leur version anglaise. La version française de la *Loi sur les services à la famille* renferme l'expression « réside ordinairement », tandis que le français de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien* renferme les termes « réside habituellement ». Cette contradiction n'est probablement attribuable qu'aux dates différentes d'entrée en vigueur des deux lois. La seconde, qui est d'application extraprovinciale et qui s'apparente aux conventions de la Haye, se fonde sur le concept de la résidence habituelle dans sa version française, tandis que l'ancienne loi, qui est d'application purement interne, traduit simplement les termes anglais « ordinary residence » en français.

¹⁰⁶ *MacPherson c. MacPherson* (1976) 28 RFL 106 (CAO); *Trotter c. Trotter* (1992) 40 RFL (3d) 68 (Ont., div. gén.).

¹⁰⁷ *Wood c. Wood* (1987) 4 RFL M(2d) 182 (ÎPÉ, 1^{ère} inst.); *Jablonowski c. Jablonowski* (1972) 8 RFL 36 (CSO).

¹⁰⁸ *Moggey c. Lawler* 2004 MBQB 198 (CBRM).

En Ontario, la *Loi sur le changement de nom*, LRO 1990, ch. C7, art. 4 et 5, la *Loi sur le mariage*, LRO, 1990, ch. M.3 (et ses modifications), art. 16, utilisent les termes « ordinarily resident » dans la version anglaise et « réside ordinairement » dans la version française. Encore une fois, puisqu'il s'agit de deux textes d'application interne, l'utilisation d'une traduction française du concept traditionnel en common law, soit la résidence ordinaire, est compréhensible. Toutefois, dans la mise en œuvre de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires*, à caractère davantage « international » et semblable aux conventions de la Haye, l'assemblée législative a employé les expressions « ordinarily resident » et « réside habituellement ».

6. Les articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce* font appel à la notion de résidence ordinaire dans la version anglaise et les termes « réside habituellement » dans le texte français. Comment l'expression « ordinarily resident » a-t-elle été interprétée dans la version anglaise? Cette interprétation diffère-t-elle notablement de celle des termes « réside habituellement » qu'on retrouve dans le libellé français?

L'interprétation de l'expression « ordinarily resident » dans la *Loi sur le divorce* reflète la façon dont ces mots ont été interprétés en common law et dans les décisions rendues en vertu des lois provinciales. Les tribunaux ont délibérément tenté de faire preuve de cohérence dans leur interprétation de cette notion dans la loi. Malgré certaines différences contextuelles dans les textes législatifs sur la fiscalité, les élections et le droit pénal, l'interprétation en droit de la famille est restée remarquablement uniforme, particulièrement à l'égard des enfants mineurs. Bon nombre des jugements dont il est question dans l'analyse du sens de la résidence ordinaire dans les sections précédentes, si ce n'est la totalité, découlent de la *Loi sur le divorce* ou s'appuient sur des décisions rendues peu après l'entrée en vigueur de cette loi. Cette situation n'est pas surprenante puisque la *Loi sur le divorce* a été une des premières lois à employer ces termes de façon généralisée en droit de la famille.

Le concept de la résidence ordinaire dans le contexte du divorce peut se résumer ainsi :

1. Un époux réside ordinairement dans une province si sa vie est centralisée dans cette province. Il s'agit d'une question de fait et non de droit¹⁰⁹.
2. Un époux peut résider ordinairement dans une province même s'il quitte la province et vit ailleurs temporairement¹¹⁰.
3. Toutefois, une personne ne résidera pas ordinairement dans cette province si elle la quitte indéfiniment, même si elle a l'intention d'y revenir à un moment donné¹¹¹.

¹⁰⁹ *Hardy c. Hardy*, précité; *Wood c. Wood*, précité; *Marsellus c. Marsellus*, précité.

¹¹⁰ Voir *Marsellus c. Marsellus* (1970) 2 RFL 53 (CSCB); *Byrn c. Mackin* (1983) 32 RFL (2d) 207 (CSQ).

¹¹¹ *Krisko c. Krisko*, précité; *Milles c. Butt* (1990) 82 Nfld. & PEIR 42 (TUF,TN).

4. Par contre, l'arrivée d'une personne à un nouvel endroit lorsque cette personne a l'intention d'installer son foyer à cet endroit pendant une période indéterminée fait que cet endroit devient le lieu où cette personne réside ordinairement, même si celle-ci avait l'intention de retourner au premier endroit un jour¹¹².
5. Un époux peut résider ordinairement dans une province au sens des articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le divorce* même si sa présence dans cette province est illégale¹¹³.

Dans l'affaire *Molson c. Molson*¹¹⁴, le juge Fraser a statué qu'une femme avait brisé ses liens résidentiels avec le Québec lorsqu'elle a quitté cette province avec l'intention de s'établir en Alberta et que l'Alberta était devenue sa province de résidence ordinaire dès son arrivée. Alors que la plupart des tribunaux acceptent qu'une personne puisse rompre ses liens résidentiels ordinaires avec un endroit en le quittant avec l'intention de le faire pendant une période indéterminée, ils précisent qu'une personne ne peut habituellement pas acquérir la résidence ordinaire du jour au lendemain et qu'elle doit avoir séjourné de façon prolongée au nouvel endroit afin que celui-ci, plutôt que d'être un « simple » lieu de résidence, devienne un lieu de résidence « ordinaire ». Le juge Fraser faisait une distinction entre la résidence ordinaire qui permet de déterminer la compétence du tribunal de prononcer un divorce et la résidence ordinaire dans d'autres contextes, lorsque les objectifs peuvent être différents. Ces commentaires sont logiques et s'appuient sur une approche contextuelle et axée sur l'objet en matière d'interprétation des lois, mais en fait, la plupart des tribunaux ont adopté en vertu de la *Loi sur le divorce* la même définition de base de la résidence ordinaire qu'en common law et qu'en vertu d'autres lois, à moins qu'il ne soit clair d'après le libellé des dispositions législatives que l'expression a un sens spécial.

Dans la même veine, les juges qui ont rendu bon nombre des premières décisions en vertu de la *Loi sur le divorce* se sont appuyés sur la définition du concept qu'on retrouve dans des jugements prononcés à la lumière de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans l'affaire *Hinter c. Hinter*¹¹⁵, le juge Epstein a déclaré qu'un grand nombre de décisions interprètent la notion de résidence ordinaire (« ordinarily resident »), une des plus anciennes étant l'arrêt *Thomson c. Minister of National Revenue*¹¹⁶, qui porte sur le recours à ces termes dans la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*. Cette loi leur avait donné un sens plus restreint qu'à la « résidence », car ils impliquaient à la fois la présence physique à un endroit pendant une période prolongée et l'intention d'y résider; le mode de vie quotidien de la personne devait être centralisé à cet endroit, ce qui le distinguait d'un lieu de résidence spéciale ou occasionnelle. Cette définition a été adoptée en vertu

¹¹² *MacPherson c. MacPherson* (1976) 28 RFL 106 (CAO).

¹¹³ Voir *Wood c. Wood* (1987) 4 RFL 2d) 182 (ÎPÉ, 1^{ère} inst.); *Jablonowski c. Jablonowski* (1972) 8 RFL 36 (CSJO).

¹¹⁴ 1998 ABQB 476 (CBRA).

¹¹⁵ [1996] O.J. No. 2601 (Ont., div. gén.).

¹¹⁶ [1946] RCS 209.

de la *Loi sur le divorce* dans des décisions comme *Hardy c. Hardy*¹¹⁷, *MacPherson c. MacPherson*¹¹⁸, *Wrixon c. Wrixon*¹¹⁹ et *MacLean c. MacLean*¹²⁰.

Dans l'affaire *Lietz c. Lietz*¹²¹, le juge Riordan a statué que la résidence ordinaire s'attachait à l'endroit où la vie d'une personne était centralisée. Même s'il n'y a pas de notion d'exclusivité inhérente à la résidence ordinaire, dans la plupart des cas, la vie d'une personne sera centralisée à un seul endroit. Dans les circonstances, le juge Riordan n'était pas convaincu que l'un ou l'autre époux avait résidé ordinairement au Nouveau-Brunswick pendant l'année précédant l'introduction de l'instance, ce qui aurait permis d'établir la compétence sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur le divorce*.

Dans l'affaire *Alexiou c. Alexiou*¹²², les parties s'étaient mariées en Grèce et y avaient vécu la majeure partie de leur existence. Leurs enfants étaient aussi nés en Grèce. Les parents et les enfants avaient gardé leur emploi et des liens personnels en Grèce pendant la période où le mari travaillait en Alberta temporairement. Le juge Nash a déclaré que les parties avaient continué de résider ordinairement en Grèce et n'avaient pas établi leur résidence ordinaire en Alberta, de sorte que les tribunaux albertains n'avaient pas la compétence pour instruire la demande en divorce. Les commentaires du juge Nash pourraient être cités dans n'importe quel débat sur la résidence habituelle des parties.

D'après mes premières recherches, les tribunaux semblent adopter la même définition lorsqu'ils utilisent la version française des lois et, lorsqu'il est nécessaire de se reporter à la jurisprudence, ce qui est rarement le cas, ils citent les mêmes arrêts de base mentionnés plus haut. Dans l'affaire *Droit de la famille — 360*¹²³, le juge Tourigny a semblé déterminer la compétence sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur le divorce* en s'appuyant sur la même définition des termes « réside habituellement » que les tribunaux des provinces de common law utilisaient pour l'expression « ordinary residence ».

7. Quelles sont les différences, le cas échéant, entre les concepts de la résidence habituelle et de la résidence ordinaire?

Établir ces différences n'est pas aussi simple que par le passé. Historiquement, les principales différences entre la résidence ordinaire et la résidence habituelle semblaient être les suivantes :

- (i) la résidence habituelle supposait des liens plus durables entre une personne et un endroit¹²⁴;

¹¹⁷ [1969] 2 OR 875 (HC).

¹¹⁸ (1976) 28 RFL 106 (CAO).

¹¹⁹ (1982) 30 RFL (2d) 107 (CBRA).

¹²⁰ [1990] BCJ No. 50 (CSCB).

¹²¹ (1990) 30 RFL (3d) 293 (CBRNB).

¹²² [1996] AJ No. 696 (CBRA).

¹²³ 1987 CarswellQue 927 (CSQ).

¹²⁴ Voir *Cruse c. Chittum* [1974] 2 All ER 940 (CBR).

(ii) la résidence habituelle sous-entendait l'exclusivité, tandis qu'une personne pouvait avoir plus d'une résidence ordinaire¹²⁵;

(iii) la plupart des tribunaux et des auteurs situaient la résidence habituelle quelque part entre les notions de domicile et de résidence ordinaire. Elle supposait des liens plus durables que la résidence ordinaire, mais légèrement moins que le domicile.

Comme nous l'avons précisé, les tribunaux et les auteurs anglais semblent admettre que les deux concepts désignent la même chose à l'heure actuelle. Il est difficile de déterminer si la résidence ordinaire est devenue la résidence habituelle, ou vice versa. Il est plus probable, si le changement est effectivement survenu, que les deux concepts diffèrent légèrement de leur sens original.

Si on leur posait la question, la plupart des avocats et des juges des provinces canadiennes de common law répondraient probablement qu'il y a une différence entre la résidence habituelle et la résidence ordinaire, situant les deux notions entre celles du domicile et de la résidence; la résidence habituelle serait plus proche du domicile, car elle dépend davantage de l'intention d'une personne que la résidence ordinaire. Les principales différences qui existent en pratique entre la résidence habituelle et le domicile tiennent au fait que le domicile de choix exige une présence physique plus longue à un endroit que la résidence habituelle, mais une intention moins ferme. Même si une personne doit avoir l'intention de rester à un endroit « à jamais » pour y établir son domicile, seule l'intention de rester pendant une période indéterminée est nécessaire pour établir la résidence habituelle. À un niveau d'abstraction différent, le domicile est une notion plus juridique et s'assortit de règles d'application beaucoup plus difficiles, en particulier quant au domicile d'origine et au domicile de dépendance.

Toutefois, on peut fort bien faire valoir qu'il y a peu de différence, voire aucune, entre les deux notions à l'heure actuelle¹²⁶. Les deux sont de nature factuelle. Ni l'une ni l'autre n'exige la preuve d'une intention future à long terme. Et surtout, la jurisprudence récente semble accepter que c'est seulement dans un cas exceptionnel qu'une personne peut n'avoir ni de résidence habituelle ni de résidence ordinaire et plus d'une résidence habituelle ou ordinaire¹²⁷. Avec quelques hésitations, certains affirment que nous sommes parvenus à un point où les deux termes sont interchangeables : les deux notions sont moins strictes que le

¹²⁵ En raison de l'adoption du critère utilisé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des affaires comme *Thomson c. MNR* [1946] RCS 209, *Hardy c. Hardy* [1969] 2 OR 875 et *Marsellus c. Marsellus* (1970) 13 DLR 383 (CSCB).

¹²⁶ Le juge Clearwater a semblé considérer que ces termes étaient interchangeables dans *Moggey c. Lawler* 2004 MBQB 198 (CBRM).

¹²⁷ Par exemple, dans *Hunter c. Hunter* 2005 SKQB 93 (CBRS), le juge Wright a statué que l'enfant avait sa résidence habituelle dans la province en vertu des lois provinciales et que la mère avait sa résidence ordinaire dans la province en vertu de la *Loi sur le divorce*, comme si la résidence ordinaire et la résidence habituelle étaient toutes deux la même notion.

domicile¹²⁸ mais exigent davantage qu'une simple présence physique. Il est certain que, dans le domaine du droit de l'enfance, les tribunaux de common law interprètent les deux expressions de la même manière. Le lieu de résidence habituelle ou ordinaire d'un enfant dépend de la vie familiale avant la rupture du mariage, et ni l'un ni l'autre parent ne peut changer unilatéralement la résidence habituelle ou ordinaire de l'enfant. Toutefois, les décisions qui semblent laisser croire qu'une personne peut établir sa résidence ordinaire dès qu'elle arrive à un endroit si elle a une intention suffisamment ferme d'y résider pendant une période indéterminée semblent être difficiles à concilier avec les notions traditionnelles de résidence habituelle.

¹²⁸ Sauf au Manitoba, où la *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, LRM 1987, ch. D 96 traite les deux expressions comme si elles désignaient la même notion, et la nouvelle définition contenue dans cette loi est légèrement différente de celle qui avait pris forme dans la jurisprudence.