

IN THE MATTER OF the *Constitutional Questions Determination Act*

AND IN THE MATTER OF a Reference re Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chapter 20 as amended

AND IN THE MATTER OF an Appeal by the Attorney General of British Columbia from the Opinion of the Court of Appeal for British Columbia certified the 26th day of June, 1980

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta

and

The Attorney General of Canada

File no.: 16158.

1981: January 28 and 29; 1982: January 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Family law — Guardianship of person of the child — Custody and access — Occupancy rights of family residence — Non-entry orders — Whether or not provincial legislation granting provincial court jurisdiction ultra vires under s. 96 of the B.N.A. Act — British North America Act, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

Pursuant to s. 6 of the British Columbia *Family Relations Act*, the Provincial Court had jurisdiction over guardianship of the person of a child, custody of or access to a child, occupancy of the family residence and use of contents, and the making of non-entry orders relating to premises occupied by a spouse, parent or child. The British Columbia Court of Appeal, considering a question referred to it, held these provisions to be *ultra vires* the province based on s. 96 of the *B.N.A. Act*. The Attorney General of British Columbia appealed from that judgment.

DANS L'AFFAIRE DE la *Constitutional Questions Determination Act*

ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi relatif à l'article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chapitre 20 et modifications

ET DANS L'AFFAIRE d'un pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique relativement à l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique certifié le 26 juin 1980

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta

et

Le procureur général du Canada

N° du greffe: 16158.

1981: 28 et 29 janvier; 1982: 26 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Droit de la famille — Tutelle à la personne d'un enfant — Garde et droit de visite — Droit d'occupation de la résidence familiale — Ordonnances de ne pas entrer — Une loi provinciale attributive de compétence à la cour provinciale est-elle ultra vires en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B.? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 6(1)(a), b), d), e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

Suivant l'art. 6 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, la Cour provinciale a compétence sur les questions concernant la tutelle à la personne d'un enfant, la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite, l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve et les ordonnances de ne pas entrer dans les lieux occupés par un conjoint, un parent ou un enfant. A l'examen d'une question dont elle avait été saisie par renvoi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que ces dispositions sont *ultra vires* de la province en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B. Le procureur général de la Colombie-Britannique se pourvoit contre cet arrêt.

Held (Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting in part): It is within the authority of the province to confer jurisdiction on the Provincial Court (the judges of which are not appointed by the Governor General) respecting guardianship of the person of the child and custody or access to the child, but *ultra vires* that authority respecting orders concerning occupancy and use of the family residence and the making of non-entry orders.

Per Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: The statute created a concurrent jurisdiction in respect of guardianship and custody. An exclusive jurisdiction in the superior courts in these fields analogous to that in the legislation under consideration did not exist historically. It was natural, following the assignment of adoption to inferior courts, to find a practice of accordin powers to summary tribunals in related but less significant fields in family relations such as guardianship and custody. Indeed, guardianship and custody were in essence subsumed by adoption in the classification of family relations.

The purpose and role of s. 96 in the Constitution was not jeopardized by the increasing recognition of the implementation of valid provincial programs through provincial administrative and judicial agencies so long as that assigned to them did not have the effect in substance of conferring a judicial function "broadly conform[ing] to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts".

Per Laskin C.J. and Ritchie J., dissenting in part: Even if the challenged legislation did not result in turning the Provincial Court into a s. 96 court, the jurisdiction conferred by s. 6(1) (a) and related sections of the *Family Relations Act* could not be validly assumed and exercised by the Provincial Court. Neither a certain concurrence of jurisdiction with the British Columbia Supreme Court nor the subjection of the Provincial Court to review or appeal gave the Provincial Court any basis to encompass s. 96 court functions on the ground that it had not been transformed into such a court.

The jurisdiction conferred under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) did not broadly conform in general to the jurisdiction exercised by inferior courts prior to or at 1867 or in particular to the jurisdiction given the inferior courts under the statutes (save *The Adoption Act*) in the *Adoption Reference*. Jurisdiction over each power under review, considered separately, was more analogous and conformable to that of a s. 96 court. This fact

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie sont dissidents en partie): La province a le pouvoir d'attribuer à la Cour provinciale (dont les juges ne sont pas nommés par le gouverneur général) compétence sur la tutelle à la personne d'un enfant et sur la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite, mais non sur les ordonnances relatives à l'occupation de la résidence familiale et à l'utilisation de ce qui s'y trouve, ni sur les ordonnances de ne pas entrer.

Les juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard: La loi crée une compétence concurrente en matière de tutelle et de garde. Historiquement, les cours supérieures n'ont jamais eu dans ces domaines une compétence exclusive assimilable à celle conférée par la loi en cause. Il est naturel, par suite de l'attribution de compétence en matière d'adoption aux cours inférieures, de découvrir une pratique qui consiste à accorder aux tribunaux de juridiction sommaire des pouvoirs dans des sphères connexes mais moins importantes des relations familiales telles que la tutelle et la garde. En fait, dans la classification des relations familiales, la tutelle et la garde sont à toutes fins utiles subsumées sous l'adoption.

La reconnaissance accrue accordée à la mise en œuvre de programmes provinciaux valides par le biais d'organismes administratifs et judiciaires provinciaux ne compromet ni l'objet ni le rôle de l'art. 96 dans la Constitution, pourvu que l'attribution de compétence à ces organismes n'ait pas essentiellement pour effet de leur conférer une fonction judiciaire qui «correspond [...] d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté».

Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie, dissidents en partie: Même si la loi contestée n'a pas pour effet de transformer la Cour provinciale en une cour visée à l'art. 96, la compétence attribuée par l'al. 6(1)a) et les articles connexes de la *Family Relations Act* ne peut validement être assumée et exercée par la Cour provinciale. Ni une certaine concurrence en matière de compétence avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni l'assujettissement de la Cour provinciale aux procédures de révision ou d'appel ne permettent à cette dernière d'assumer des fonctions relevant d'une cour visée à l'art. 96 pour le motif qu'elle n'est pas ainsi transformée en pareille cour.

i La compétence conférée par les al. 6(1)a), b), d) et e) ne correspond pas d'une manière générale à la compétence que les tribunaux inférieurs exerçaient en 1867 ou avant cette date et, en particulier, elle ne correspond pas à la compétence conférée aux tribunaux inférieurs par les lois (à l'exception de *The Adoption Act*) visées par le *Renvoi sur l'adoption*. La compétence sur chaque domaine distinct dont il est question en l'espèce est plus

remained even if the *Family Relations Act* were to be considered a legislative scheme designed to deal expeditiously within prudent limits with associated aspects of family relations. The Provincial Court's relatively easy access was not an answer to the jurisdictional problem.

Polglase v. Polglase et al., [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601; *Labour Relations Board (Sask.) v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Attorney-General for Ontario v. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] S.C.R. 32; *Reference re the Magistrate's Court of Quebec*, [1965] S.C.R. 772; *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, considered; *In re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621; *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246; *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191; *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295; *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452; *In re Agar-Ellis, Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317; *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Re Residential Tenancies Act 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1980), 116 D.L.R. (3d) 221, 23 B.C.L.R. 152, [1980] 6 W.W.R. 737, finding the statutory provisions referred in a constitutional reference to be *ultra vires* the province. Appeal allowed in part.

D. M. M. Goldie, Q.C., and *E. R. A. Edwards*, for the appellant.

Donald S. Moir and *Carmela Allevato*, opposing the legislation.

D. W. Mundell, Q.C., and *Lorraine E. Weinrib*, for the Attorney General for Ontario.

Henri Brun, for the Attorney General of Quebec.

facilement assimilable et correspond davantage à celle d'une cour visée à l'art. 96. Cela demeure vrai même en associant la *Family Relations Act* à un programme législatif destiné à traiter expéditivement, tout en respectant les limites dictées par la prudence, des aspects connexes des relations familiales. L'accès relativement facile à la Cour provinciale ne suffit pas pour résoudre le problème de compétence.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601; *Labour Relations Board (Sask.) v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Procureur général de l'Ontario c. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] R.C.S. 32; *Renvoi sur la Cour de magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398; arrêts mentionnés: *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246; *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191; *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295; *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452; *In re Agar-Ellis, Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317; *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1980), 116 D.L.R. (3d) 221, 23 B.C.L.R. 152, [1980] 6 W.W.R. 737, qui a conclu que les dispositions législatives visées dans un renvoi constitutionnel sont *ultra vires* de la province. Pourvoi accueilli en partie.

D. M. M. Goldie, c.r., et *E. R. A. Edwards*, pour l'appellant.

Donald S. Moir et *Carmela Allevato*, contre la loi.

D. W. Mundell, c.r., et *Lorraine E. Weinrib*, pour le procureur général de l'Ontario.

Henri Brun, pour le procureur général du Québec.

Molly Dunsmuir and Reinhold M. Endres, for the Attorney General of Nova Scotia.

Allan D. Reid and Shauna M. Mackenzie, for the Attorney General for New Brunswick.

John D. Montgomery, Q.C., and Roslyn M. Diamond, for the Attorney General of Manitoba.

Margaret Donnelly and B. A. Crane, Q.C., for the Attorney General for Alberta.

W. I. C. Binnie, Q.C., and *Holly Harris*, for the Attorney General of Canada.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting in part*)—The Lieutenant Governor in Council of British Columbia by an Order in Council of December 6, 1979, issued pursuant to the *Constitutional Questions Determination Act* (now the *Constitutional Questions Act*), R.S.B.C. 1979, c. 63, referred to the Court of Appeal of that province the following question:

Are paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, as amended, or any of them, *ultra vires* the Legislature of the Province of British Columbia?

In a unanimous judgment delivered on behalf of the Court by Hinkson J.A. on June 26, 1980, an affirmative answer was given to the question in respect of all the statutory provisions therein mentioned. The holding of invalidity was based, of course, on s. 96 of the *British North America Act*, no challenge being offered to the competence of the provincial legislature to enact the substantive terms of s. 6(1)(a), (b), (d) and (e). An appeal as of right was taken to this Court by the Attorney General of British Columbia under s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, and the same question was fixed for determination but phrased to require a negative answer if the judgment of the Court of Appeal was to be confirmed.

The statutory provisions in issue read as follows:

6. (1) The Provincial Court has jurisdiction in all matters under this Act, except Part 3, respecting

(a) guardianship of the person of a child;

Molly Dunsmuir et Reinhold M. Endres, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Allan D. Reid et Shauna M. Mackenzie, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

John D. Montgomery, c.r., et *Roslyn M. Diamond*, pour le procureur général du Manitoba.

Margaret Donnelly et B. A. Crane, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

W. I. C. Binnie, c.r., et *Holly Harris*, pour le procureur général du Canada.

c Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident en partie*)—Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique, par un décret en date du 6 décembre 1979, pris en vertu de la *Constitutional Questions Determination Act* (l'actuelle *Constitutional Questions Act*), R.S.B.C. 1979, chap. 63, a renvoyé la question suivante à la Cour d'appel de cette province:

[TRADUCTION] Les alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique?

f Dans un arrêt unanime prononcé le 26 juin 1980 par le juge Hinkson, la Cour a répondu à la question par l'affirmative en ce qui concerne tous les alinéas y mentionnés. La conclusion d'invalidité reposait évidemment sur l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, la compétence de la législature provinciale d'adopter les dispositions de fond des al. 6 (1)a), b), d) et e) étant incontestée. Le procureur général de la Colombie-Britannique a formé un pourvoi de plein droit devant cette Cour en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, la question à trancher étant la même, sauf que sa formulation exige une réponse négative s'il doit y avoir confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel.

Les dispositions en cause se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 6. (1) La Cour provinciale a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi, à l'exception de la Partie 3, concernant

a) la tutelle à la personne d'un enfant;

- (b) custody of or access to a child;
- (d) occupancy of the family residence and the use of its contents; and
- (e) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

It will be noticed that para. (c) was not included in the original reference nor is it involved here. That paragraph provides for "maintenance, including the enforcement of maintenance orders" by the Provincial Court. In *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601, decided by Hutcheon J. of the British Columbia Supreme Court on October 22, 1979, and which concerned an order in the nature of prohibition to the Provincial Court, it was held that although the Provincial Court could not constitutionally be vested with power to make custody or access orders or non-entry orders or orders respecting occupancy of the family residence, it could be given jurisdiction to make maintenance orders. This jurisdiction was, presumably on that account, not put in issue in the reference, but guardianship of the person of a child, under s. 6(1)(a) of the Act, which was not involved in the *Polglase* case, was included.

The *Family Relations Act*, now R.S.B.C. 1979, c. 121, is a wide-ranging statute. It covers matrimonial property, maintenance and support obligations, custody, access and guardianship of children and ancillary provisions to support the main features of the Act. It confirms the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia (subject to the federal *Divorce Act*) in all matters concerning custody of, access to and guardianship of children, dissolution of marriage, nullity, judicial separation, maintenance and alimony; and then provides that the Supreme Court is to have jurisdiction in all matters under the Act. Concurrent jurisdiction is then given to the Provincial Court under s. 6(1)(a), excluding, however, any inherent *parens patriae* jurisdiction and excluding

- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;
- d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et
- e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans les lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

^a b On constatera que l'al. c) ne fait pas l'objet du renvoi initial et qu'il n'en est pas question ici non plus. Cet alinéa confère à la Cour provinciale compétence sur [TRADUCTION] «l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire». Dans l'affaire *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601, qui concernait une ordonnance de prohibition visant la Cour provinciale, le juge Hutcheon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué, le 22 octobre 1979, que même si la Cour provinciale ne peut constitutionnellement être investie du pouvoir de rendre des ordonnances en matière de garde, de droit de visite ou d'interdiction d'entrer, ou encore des ordonnances concernant l'occupation de la résidence familiale, l'on peut lui donner compétence pour rendre des ordonnances de pension alimentaire. Je présume que c'est pour cette raison que l'on n'a pas contesté cette compétence dans le renvoi, alors que la tutelle à la personne d'un enfant visée à l'al. 6(1)a) de la Loi, qui n'était pas en cause dans l'affaire *Polglase*, en fait l'objet.

^f g La *Family Relations Act*, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 121, est une loi d'envergure. Elle s'applique aux biens matrimoniaux, aux obligations alimentaires, à la garde et à la tutelle des enfants, au droit de rendre visite aux enfants et elle comporte des dispositions accessoires qui étaient les dispositions principales de la Loi. Elle confirme la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (sous réserve de la *Loi sur le divorce fédérale*) relativement à toutes questions concernant la garde et la tutelle des enfants, le droit de rendre visite aux enfants, la dissolution du mariage, la nullité du mariage, la séparation de corps et la pension alimentaire; puis elle dispose que la Cour suprême doit avoir compétence sur toutes les questions visées par la Loi. Elle donne

also jurisdiction under Part 3 of the Act dealing with family assets and the division of property between spouses. There are other provisions of the Act to which I will have occasion to refer later on in these reasons but it is sufficient for the moment to underline the comprehensiveness of the Act in dealing with family relations and with children under ordinary judicial procedures, whether they be those of the Supreme Court or those of the Provincial Court. Although under Part 5 the Provincial Court is directed to act summarily and rules respecting its proceedings are left to the Lieutenant Governor in Council, there is no suggestion in the Act nor was there any by the appellant that the judicial and curial character of the Provincial Court was in any way altered by the Act or that any such alteration could be reflected in the rule-making power.

The Attorney General of British Columbia founded his appeal on two grounds. He urged, first, that the jurisdiction conferred upon a judge of the Provincial Court of British Columbia by virtue of paras. (a), (b), (d) and (e) of subs. (1) of s. 6 of the Act was such as may be validly conferred by the Legislative Assembly of the Province of British Columbia as broadly conforming to a type of jurisdiction generally exercised by courts of summary jurisdiction prior to 1867. His second contention was that if he could not succeed on his first point then he submitted that the legislation was nevertheless valid as not creating a Superior Court within the intendment of the *British North America Act*, being rather a valid exercise of provincial legislative authority as part of a legislative plan to assist in the resolution of family disputes.

It will be convenient to deal at once with the appellant's second or alternative point. The submission is, in effect, that so long as the challenged legislation does not result in turning the Provincial Court into a s. 96 court, the jurisdiction conferred by s. 6(1)(a) and related sections may validly be assumed and exercised by the Provincial Court.

ensuite compétence concurrente à la Cour provinciale en vertu de l'al. 6(1)a), à l'exclusion toutefois de toute compétence inhérente de *parens patriae* et aussi de la compétence en vertu de la Partie 3 de la

- a* Loi qui porte sur les biens familiaux et le partage des biens entre les époux. Il y a d'autres dispositions de la Loi dont j'aurai l'occasion de traiter plus loin, mais il suffit pour le moment de souligner la portée de la Loi dans son application aux relations familiales et aux enfants dans le cadre de procédures judiciaires ordinaires, qu'il s'agisse de celles de la Cour suprême ou de celles de la Cour provinciale. Bien que la Partie 5 exige que la Cour provinciale agisse de façon sommaire et bien qu'elle confie au lieutenant-gouverneur en conseil la charge d'établir des règles applicables aux procédures de cette cour, rien dans la Loi n'indique, et l'appelant ne le prétend pas non plus, qu'elle apporte quelque changement au caractère judiciaire de la Cour provinciale ou que ce changement peut s'effectuer par le pouvoir d'établir des règles.

e Le procureur général de la Colombie-Britannique fonde son pourvoi sur deux moyens. Il fait valoir en premier lieu que la compétence dont un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique est investi en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) de la Loi peut valablement être conférée par l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, étant donné que cette compétence correspond d'une manière générale à un type de compétence que les cours de juridiction sommaire exerçaient habituellement avant 1867. Il prétend en second lieu que, s'il ne peut pas réussir sur son premier moyen, la Loi est néanmoins valide parce qu'elle ne crée pas une cour supérieure au sens de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais qu'il s'agit plutôt d'un exercice valide du pouvoir législatif provincial dans le cadre d'un plan législatif visant à faciliter le règlement de conflits familiaux.

i Il convient d'examiner tout de suite le second moyen de l'appelant, son moyen subsidiaire. Il allègue en fait que dans la mesure où la loi contestée n'a pas pour effet de transformer la Cour provinciale en une cour visée à l'art. 96, la compétence attribuée par l'al. 6(1)a) et les articles connexes peut valablement être assumée et exercée par

The submission is qualified to a degree by the assertion that it is only if there is a transfer or divesting of a jurisdiction exclusively belonging to a s. 96 court at the time of Confederation that there may be ground for saying that the character of the Provincial Court has been unconstitutionally altered. I do not think that these two positions are fully compatible. What I may term the main position appears to borrow from the administrative law cases, cases which deal with a one-specialty agency, e.g. a labour relations board, and to invite the conclusion that if the character of the agency is not changed by the addition of certain questioned powers, then similarly, the Provincial Court may be invested with additional powers without necessarily being transformed into a s. 96 court.

This assertion is founded upon a misconception of the administrative law cases and, most certainly, is not supported by what I would call the court cases. I take three examples from the administrative law cases. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, the constitutional attack was not as against the overall jurisdiction of the Board but only against the vesting in it of power to order the reinstatement of an employee, the victim of an unfair labour practice, and to direct the payment to him of compensation for the loss suffered by reason of an unjustified discharge. Indeed, the Saskatchewan Court of Appeal found a violation of s. 96 in the conferment of these powers on the Board. The Privy Council reversed, and it is quite clear that even if it had confirmed, the result would have been merely to strip the particular powers from the Board. The character of the Board, as an agency consisting of provincial appointees, could not have carried a function belonging exclusively to a s. 96 court. So too, in *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112, where the issue was whether the Board could be validly invested with power to issue cease and desist orders or restraining orders akin to injunctions. Although this Court held that the power, in the particular institutional setting, was validly conferred, the *Tomko* case does not

la Cour provinciale. Cette allégation est atténuée dans une certaine mesure par l'argument selon lequel l'on peut être justifié d'affirmer qu'il y a changement inconstitutionnel du caractère de la Cour provinciale uniquement s'il y a transfert ou suppression d'une compétence qui, au moment de la Confédération, appartenait exclusivement à une cour visée à l'art. 96. Je ne crois pas que ces deux points de vue soient tout à fait compatibles. Ce que j'appelle la thèse principale semble emprunter aux arrêts en matière de droit administratif qui traitent d'organismes spécialisés dans un seul domaine, comme par exemple une commission des relations du travail, et inviter à conclure que si le caractère d'un organisme ne change pas en raison de l'ajout de certains pouvoirs contestés, il en est alors de même pour la Cour provinciale qui est investie de nouveaux pouvoirs sans pour autant devenir nécessairement une cour visée à l'art. 96.

Cette assertion repose sur une conception erronée de la jurisprudence en droit administratif et n'est très certainement pas appuyée par ce que j'appellerais la jurisprudence judiciaire. Je cite trois exemples tirés de la jurisprudence en droit administratif. Dans l'affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, on contestait pour des motifs constitutionnels non pas la compétence générale de la Commission, mais seulement l'attribution de son pouvoir d'ordonner la réintégration d'un employé victime d'une pratique déloyale de travail et le versement d'une indemnité pour les pertes subies en raison du congédiement injustifié. En fait, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que l'attribution de ces pouvoirs à la Commission allait à l'encontre de l'art. 96. Le Conseil privé a infirmé cet arrêt et il est bien évident que même s'il l'avait confirmé, cela aurait eu tout simplement pour résultat de dépouiller la Commission des pouvoirs en question. La Commission, étant un organisme dont les membres sont nommés par la province, ne pouvait remplir une fonction appartenant exclusivement à une cour visée à l'art. 96. C'est aussi le cas dans l'affaire *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112, où il s'agissait de déterminer si l'on pouvait valablement investir la Commission du pouvoir de délivrer des ordres de ne pas faire

say that, if the power involved a purely s. 96 court function, the character of the tribunal as an otherwise properly appointed provincial agency would have justified its exercise of the power: *cf. Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, at p. 427.

I take as my third example *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638. There the Province sought to give its Transport Tribunal exclusive and final appellate authority on any question of law arising in the decisions of the Transport Commission (also a provincially-appointed tribunal) which terminate any matter. The decisions of both tribunals were also protected by privative clauses. Although this Court recognized that it was open to a province to establish an appeal structure in respect of decisions of provincial administrative agencies, it concluded that here there was an attempt to exclude the supervisory jurisdiction of the Superior Courts and, indeed, to substitute an administrative agency for an appellate court. This was a different situation from that involved in the present appeal and, unlike the present case, it did involve a transformation of character but, being only in respect of the particular appellate function, it was that function alone that was struck down.

If, as in my view is the fact, the administrative law cases are against the contention of the appellant on its second or alternative point, certainly the court cases are most emphatically so. Three illustrations will also suffice here. In *Toronto Corporation v. York Corporation*, *supra*, the Judicial Committee held that although the Ontario Municipal Board was validly organized as an administrative board with provincial appointees as its members, it could not constitutionally be authorized to construe and vary a water agreement between the two municipalities. I would have thought that if there was any board in Canada with a sufficiently wide administrative jurisdiction whose character would not be imperilled by assigning to

qui s'apparentent à des injonctions. Malgré la conclusion de cette Cour que le pouvoir, eu égard au cadre institutionnel en l'espèce, avait été validement conféré, l'arrêt *Tomko* ne précise pas que, si le pouvoir comporte l'exercice d'une fonction relevant exclusivement d'une cour visée à l'art. 96, le caractère du tribunal, en tant qu'organisme provincial par ailleurs régulièrement constitué, justifie l'exercice de ce pouvoir: voir *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, à la p. 427.

Je prends comme troisième exemple l'arrêt *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638. La province a cherché en l'espèce à conférer à son tribunal des transports une compétence d'appel exclusive et définitive sur toute question de droit soulevée par les décisions de la Commission des transports (également un tribunal dont les membres sont nommés par la province) qui terminent une affaire. Les décisions des deux tribunaux étaient également protégées par des clauses privatives. Tout en reconnaissant le droit d'une province d'établir un mécanisme d'appel concernant les décisions des organismes administratifs provinciaux, cette Cour a conclu qu'il y avait en l'espèce une tentative d'exclure le pouvoir de surveillance des cours supérieures et même, de substituer un organisme administratif à une cour d'appel. Cette situation est différente de celle en l'espèce, car il s'agissait bien là d'un changement du caractère de l'organisme mais, comme ce changement n'avait trait qu'à la fonction d'appel particulière, seule cette fonction a été rejetée.

Si, comme je le crois, la jurisprudence en droit administratif n'appuie pas le second moyen ou moyen subsidiaire de l'appelant, la jurisprudence judiciaire l'appuie encore moins. Ici, trois exemples suffiront également. Dans l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation*, précité, le Comité judiciaire a statué que même si la Commission des Affaires municipales de l'Ontario avait été validement constituée en tant que commission administrative composée de membres nommés par la province, on ne pouvait constitutionnellement l'autoriser à interpréter et à modifier une entente d'approvisionnement en eau intervenue entre les deux municipalités. J'aurais cru que s'il y a une commission au Canada dont la compétence admi-

it a s. 96 court function it would be the Ontario Municipal Board. The answer, however, was "no" in respect of the particular function. Again, in *Attorney-General for Ontario v. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] S.C.R. 32, this Court held that a Master could not be vested with power to try a mechanic's lien action (where the matter was not before him merely by way of a reference). His essential character as a provincial appointee involved in judicial administration was not enough to carry a s. 96 court power.

Reference re the Magistrate's Court of Quebec, [1965] S.C.R. 772, was a case where an increase in the monetary limit of the jurisdiction of this inferior Court, whose presiding officers were provincially appointed, was supported in this Court. There is no doubt, however, that had this Court concluded that the increase resulted in conferring a s. 96 court authority, it would simply have invalidated the particular grant of authority without impairing otherwise the character of the court; and, correlatively, its primary character as an inferior provincial court could not have enabled it competently to absorb what was a purely s. 96 court function.

It is, of course, important to distinguish what I have called purely s. 96 court functions from other functions that are or may be exercised by s. 96 courts. The latter may be stripped from s. 96 courts without constitutional offence. Even functions which, in a particular context, may be regarded as purely s. 96 court functions may lose that purity if they are placed in a different context or are qualified in their use or thrust. These observations need no embellishment because they are adequately reflected in well-known cases, some of which I have already cited.

The Provincial Court, under the *Family Relations Act*, retains its essential character as a court,

nistrative est assez large pour que son caractère ne soit pas compromis par l'attribution d'une fonction propre à une cour visée à l'art. 96, c'est la Commission des Affaires municipales de l'Ontario. La réponse a toutefois été «non» quant à la fonction en question. Dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] R.C.S. 32, cette Cour a de nouveau statué que l'on ne peut investir un protonotaire du pouvoir de connaître d'une action fondée sur un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux (lorsqu'il n'est pas saisi de l'affaire simplement par renvoi). Son caractère fondamental de fonctionnaire nommé par la province et chargé d'administration judiciaire ne suffit pas pour lui conférer un pouvoir propre à une cour visée à l'art. 96.

Dans le *Renvoi sur la Cour de Magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 772, cette Cour a donné son appui à une hausse de la limite pécuniaire de la compétence de cette cour inférieure dont les membres sont nommés par la province. Il est évident toutefois que si cette Cour avait décidé que la hausse avait pour résultat de conférer un pouvoir propre à une cour visée à l'art. 96, elle aurait tout simplement invalidé l'attribution de pouvoir en question sans porter atteinte de quelque autre manière au caractère de la cour; et, corrélativement, son caractère principal de cour provinciale d'instance inférieure n'aurait pas pu lui donner compétence pour assumer une fonction relevant exclusivement d'une cour visée à l'art. 96.

Il importe, bien sûr, de distinguer ce que j'ai appelé les fonctions relevant exclusivement des cours visées à l'art. 96 des autres fonctions qu'elles exercent ou peuvent exercer. On peut leur enlever ces dernières fonctions sans entorse à la Constitution. Même des fonctions qui, dans un contexte donné, peuvent être considérées comme du ressort exclusif d'une cour visée à l'art. 96, sont susceptibles de perdre cette qualité si on les situe dans un contexte différent ou si des restrictions sont apportées à la manière de les exercer ou à leur portée. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à ces observations, car des arrêts bien connus, j'en ai déjà cité quelques-uns, en disent assez long à ce sujet.

La Cour provinciale, aux termes de la *Family Relations Act*, conserve son caractère essentiel de

and there was no contention that it dealt in any different guise with the package of family law matters confided to it under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) and related provisions. Neither the fact of certain concurrency of jurisdiction with the British Columbia Supreme Court nor its subjection to review or appeal provide any basis for entitling the Provincial Court to absorb s. 96 court functions on the ground that it has not been transformed into a superior, district or county court.

In my opinion, therefore, the appellant fails in its second or alternative contention and I turn now to its principal submission.

That submission, namely, that the jurisdiction conferred upon the Provincial Court by s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act* conformed broadly to a type of jurisdiction exercised by inferior courts prior to or at 1867, relied heavily on the judgment of this Court in the *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398. It had the support, as interveners, of the Attorneys General of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba and Alberta but was opposed by the Attorney General of Canada.

Whether the s. 96 issue in this appeal be framed as it was by Duff C.J. in the *Adoption Reference* at p. 421 ("does the jurisdiction conferred upon magistrates under these statutes broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96?") or by Lord Simonds in the *John East Iron Works* case, *supra*, at p. 154 ("Does the jurisdiction conferred by the Act [*The Saskatchewan Trade Union Act*] on the appellant board broadly conform to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts?") the question of broad conformity cannot be conclusively determined by historical antecedents, especially those based on English legislation, referable to summary or inferior court jurisdiction alone. The historical antecedents are, of course, relevant but where they rest purely on English unitary state

tribunal judiciaire et on ne prétend pas qu'elle agit autrement qu'en cette qualité lorsqu'elle traite l'ensemble des questions de droit de la famille qui lui sont soumises en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) et des dispositions connexes. Ni une certaine concurrence en matière de compétence avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni son assujettissement aux procédures de révision ou d'appel ne permettent à la Cour provinciale d'assumer des fonctions relevant d'une cour visée à l'art. 96 pour le motif qu'elle n'est pas ainsi transformée en cour supérieure, de district ou de comté.

J'estime donc que l'appelant échoue dans son second moyen ou moyen subsidiaire et je passe maintenant à son moyen principal.

Ce point, savoir que la compétence conférée à la Cour provinciale par les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act* correspond d'une manière générale à un type de compétence que les tribunaux inférieurs exerçaient en 1867 ou avant cette date, s'appuie fortement sur l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398. Les intervenants, les procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et de l'Alberta, appuient cette affirmation, mais le procureur général du Canada s'y oppose.

Que la question fondée sur l'art. 96 dont nous sommes saisis soit formulée à la manière du juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*, à la p. 421 [TRADUCTION] («la compétence attribuée aux magistrats en vertu de ces lois correspond-elle d'une manière générale à un type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96?») ou de lord Simonds dans l'arrêt *John East Iron Works*, précité, à la p. 154 [TRADUCTION] «La compétence que la Loi [*The Saskatchewan Trade Union Act*] confère à la Commission appelante, correspond-elle d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté?», il est impossible de répondre définitivement à la question de la correspondance générale au moyen d'antécédents historiques relatifs uniquement à la compétence des cours de

considerations they must be carefully scrutinized for their rationale. It is not for this Court, by deplored the presence in the Canadian Constitution of such an anomalous provision as s. 96, to reduce it to an absurdity through an interpretation which takes it literally as an appointing power without functional implications. More to the point in historical relevance is a comparison of superior or county and district court and inferior court jurisdiction before or at 1867. The caution sounded by counsel for the Attorney General of Canada against accepting what he called an anomalous jurisdiction vested in an inferior court before 1867 as a ground for justifying an escape from s. 96 has merit. It is not as if jurisdiction vested in an inferior court before 1867 was so vested in contemplation of an eventual federal constitution containing a provision like s. 96. At the same time, the vesting of certain types of jurisdiction in inferior courts rather than in superior courts before 1867 must carry weight in a post-1867 appraisal of the propriety of maintaining such jurisdiction in inferior courts or assigning to them like though not exactly similar jurisdiction.

juridiction sommaire ou inférieures, particulièrement lorsque ces antécédents se fondent sur la législation anglaise. Les antécédents historiques sont, bien entendu, pertinents mais lorsqu'ils reposent exclusivement sur des considérations propres à l'état unitaire anglais, il faut en rechercher soigneusement le fondement. Il n'appartient pas à cette Cour, en déplorant la présence dans la Constitution canadienne d'une disposition singulière comme l'art. 96, de la réduire à l'absurdité par une interprétation littérale selon laquelle elle conférait un pouvoir de nomination sans valeur pratique. Ce qui nous intéresse davantage sur le plan historique, c'est une comparaison entre la compétence des cours supérieures ou des cours de comté et de district et celle des cours inférieures en 1867 ou avant cette date. C'est à bon droit que l'avocat du procureur général du Canada nous met en garde contre l'acceptation de ce qu'il appelle une compétence anormale accordée à une cour inférieure avant 1867 pour justifier la non-application de l'art. 96. Ce n'est pas comme si la compétence attribuée à une cour inférieure avant 1867 avait été conférée dans l'optique d'une constitution fédérale qui contiendrait éventuellement une disposition comme l'art. 96. Mais en même temps, l'attribution de certains types de compétence à des cours inférieures plutôt qu'à des cours supérieures avant 1867 doit être prise en considération dans toute évaluation ultérieure de l'opportunité de continuer à réservé cette compétence aux cours inférieures ou de leur attribuer une compétence semblable mais non tout à fait la même.

In the light of the foregoing, I do not think (to take one example) that at a time when there was no Chancery Court in Upper Canada the vesting of a limited guardianship jurisdiction in a Surrogate Court, being regarded as an inferior court, can be taken as supporting the broad guardianship jurisdiction vested in the Provincial Court under s. 6(1)(a) of the *Family Relations Act*. Especially is this so when a broad general jurisdiction in respect of the guardianship of infants was vested in the Court of Chancery when established in Upper Canada by 1837 (U.C.), c. 2, and was continuously exercised by that Court up to and, indeed, after 1867. I refer to the reasons of Hinkson J.A. on this

Compte tenu de ce qui précède, je ne crois pas (pour ne citer qu'un seul exemple) qu'à une époque où il n'y avait pas de Cour de chancellerie dans le Haut-Canada, l'attribution d'une compétence limitée en matière de tutelle à un tribunal des successions et des tutelles, celui-ci étant considéré comme une cour inférieure, puisse être interprétée comme un appui à la compétence générale en matière de tutelle dont l'al. 6(1)a) de la *Family Relations Act* investit la Cour provinciale. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de chancellerie a été investie d'une large compétence générale en matière de tutelle de mineurs lorsque la loi 1837 (H.-C.), chap. 2, l'a établie dans le Haut-Canada,

question to which I have nothing to add.

The Adoption Reference

Because of the emphasis of the appellant and of the intervening provincial Attorneys General on the reasons of Duff C.J., speaking for this Court, in the *Adoption Reference*, it is desirable to examine it in some detail. Four Ontario statutes were involved in the Reference, namely, *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, and *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211. The questions referred to the Supreme Court of Canada with respect to these provincial Acts were as follows:

1. With reference to the *Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218 has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of County or District Court;
- (b) a Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-Governor in Council pursuant to the aforesaid Act

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

2. With reference to the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of the County or District Court; or
- (b) a Police Magistrate or Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-Governor in Council pursuant to the aforesaid Act; or
- (c) a Justice of the Peace

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

3. With reference to the *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of a County or District Court; or
- (b) a Police Magistrate or Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-

et elle a continué à exercer cette compétence jusqu'en 1867 et même après. A ce propos, je renvoie aux motifs du juge Hinkson auxquels je n'ai rien à ajouter.

Le Renvoi sur l'adoption

Puisque l'appelant et les procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus ont insisté sur les motifs du juge en chef Duff, qui parlait au nom de cette Cour, dans le *Renvoi sur l'adoption*, il est souhaitable d'examiner cet arrêt en détail. Le renvoi visait quatre lois ontariennes, savoir *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217, et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211. La Cour suprême du Canada a été saisie des questions suivantes sur ces lois provinciales:

[TRADUCTION] 1. Quant à *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218,

- a) le juge, le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district,
- b) un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la loi précitée

f a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

2. Quant à *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312,

- a) le juge, ou le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district,
- b) un magistrat de police ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la loi précitée ou
- c) un juge de paix

i a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

3. Quant à *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217,

- a) le juge, le juge junior ou le juge suppléant d'une cour de comté ou de district, ou
- b) un magistrat de police ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-

Governor in Council pursuant to the aforesaid Act

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

4. With reference to the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, has—

- (a) a Justice of the Peace; or
- (b) a Magistrate; or
- (c) a Judge of the Juvenile Court

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

The Court answered each question in the affirmative. It is relevant to look at the functions assigned to the various judges and judicial officers under the respective Acts and to consider how they were assessed in the reasons of the learned Chief Justice.

The Adoption Act was but briefly considered in the Reference. One sentence constitutes the only attention given to it by Duff C.J., subject to an indirect reference at the very conclusion of his reasons. After saying that he did not intend to examine the legislation before him in detail, he went on (at p. 418):

Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass the *Adoption Act* appears to me too clear for discussion and I add nothing to that.

Of course, there was jurisdiction to enact that particular measure in its substantive and procedural provisions, and I must take it that the learned Chief Justice's appreciation also extended to the administration of the Act. Shortly, what the Act did was to provide for applications for adoption and for orders for adoption by "the Court" and there were ancillary provisions which need not be examined here. For present purposes, the key section was s. 9.(1), reading as follows:

9.—(1) The court having jurisdiction to make an adoption order shall be the Supreme Court, or

- (i) the judge, or junior, or acting judge of the county or district court; or

gouverneur en conseil conformément à la loi précitée

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

4. Quant à *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211,

- b) a) un juge de paix,
- b) un magistrat ou
- c) un juge du tribunal de la jeunesse

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

La Cour a répondu à chaque question par l'affirmative. Il convient d'étudier les fonctions attribuées aux différents juges et fonctionnaires judiciaires par les lois respectives et d'examiner comment le savant Juge en chef les a analysées dans ses motifs.

e The *Adoption Act* n'a été abordée que brièvement dans le renvoi. Le juge en chef Duff n'y consacre qu'une seule phrase, abstraction faite d'une mention indirecte à la toute fin de ses motifs. Après avoir déclaré qu'il ne se proposait pas d'examiner en détail la loi en question, il a ajouté (à la p. 418):

[TRADUCTION] Qu'il me soit permis de souligner en premier lieu que la compétence de la législature pour adopter *The Adoption Act* me paraît trop évidente pour g être débattue et je n'ai rien d'autre à ajouter à ce sujet.

Bien sûr, la législature avait compétence pour adopter les dispositions de fond et de procédure de la loi en question et je dois tenir pour acquis que h l'observation du savant Juge en chef s'étend également à l'application de la Loi. En résumé, la Loi prévoyait des demandes d'adoption et des ordonnances d'adoption émanant de [TRADUCTION] «la cour» et elle comportait des dispositions accessoires i qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici. Aux fins de l'espèce, la disposition clé est le par. 9.(1) qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 9.—(1) La Cour suprême a compétence pour rendre une ordonnance d'adoption, ou

- j i) le juge, le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district, ou

(ii) when designated by the Lieutenant-Governor in Council as a judge within the meaning of this Act, the judge of the juvenile court,

within whose jurisdiction either the applicant or the person to be adopted resides at the time of the application for the order.

No difficulty arises under s. 96 so far as adoption orders were within the jurisdiction of the Supreme Court of Ontario or a county or district court. There is no definition of who may be an acting county or district court judge but, obviously, it could not be a provincial appointee. The difficulty that arises is with respect to the assignment of concurrent jurisdiction in adoption to a judge of the Juvenile Court when designated as a judge, for the purposes of the Act, by the Lieutenant Governor in Council.

Who was a judge of the Juvenile Court? At the particular time, the designation and definition were found in *The Juvenile and Family Courts Act*, R.S.O. 1937, c. 316. It provided for the establishment of a Juvenile Court in every city, town and county in which the federal *Juvenile Delinquents Act* was proclaimed and for the appointment of the Juvenile Court Judge by the Lieutenant Governor in Council. The indirect reference by Duff C.J., to which I adverted, concerns the Juvenile Court and is to the following effect (at p. 422):

Now, the Juvenile Court is recognized and, to my mind, properly beyond all doubt recognized as a properly constituted court for the purpose of dealing with offences under the Dominion *Juvenile Delinquents' Act*, 1929 (19-20 Geo. V, ch. 46) and the amendments of 1935 and 1936 (25-26 Geo. V, ch. 41, and 1 Edw. VIII, ch. 40).

Jurisdiction under the old law of the Province of Canada in respect of offences by juvenile delinquents was exercisable by two justices of the peace, by a recorder, or by a stipendiary magistrate. A Juvenile Court constituted for exercising this jurisdiction in respect of juvenile offenders is plainly to my mind a court not within s. 96 and it does not become so by virtue of the fact that the officers presiding over it are invested with further jurisdiction of the same character as is validly given to magistrates and justices of the peace.

(ii) le juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge au sens de la présente loi par le lieutenant-gouverneur en conseil,

dans le ressort duquel soit le demandeur, soit la personne à être adoptée, réside au moment de la demande d'ordonnance.

Dans la mesure où les ordonnances d'adoption relevaient de la Cour suprême de l'Ontario ou d'une cour de comté ou de district, l'art. 96 ne posait aucune difficulté. La Loi ne précisait pas qui pouvait être juge suppléant dans la cour de comté ou de district, mais de toute évidence il ne pouvait s'agir d'une personne nommée par la province. Le problème qui se pose émane de l'attribution d'une compétence concurrente en matière d'adoption à un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge aux fins de la Loi par le lieutenant-gouverneur en conseil.

Qui était juge du tribunal de la jeunesse? A cette époque-là, la désignation et la définition se trouvaient dans *The Juvenile and Family Courts Act*, R.S.O. 1937, chap. 316. Cette loi prévoyait d'une part la création d'un tribunal de la jeunesse dans chaque cité, ville et comté où la *Loi sur les jeunes délinquants* fédérale avait été proclamée et d'autre part, la nomination du juge du tribunal de la jeunesse par le lieutenant-gouverneur en conseil. La mention indirecte du juge en chef Duff, à laquelle j'ai fait allusion, porte sur le tribunal de la jeunesse et elle se lit comme suit (à la p. 422):

[TRADUCTION] Or, il est reconnu, et selon moi, à juste titre, que le tribunal de la jeunesse est un tribunal régulièrement constitué pour connaître des infractions visées par la *Loi des jeunes délinquants* fédérale, 1929 (19-20 Geo. V, chap. 46) et par les modifications de 1935 et 1936 (25-26 Geo. V, chap. 41 et 1 Edw. VIII, chap. 40).

Suivant l'ancienne loi de la province du Canada, la compétence en matière d'infractions commises par des jeunes délinquants pouvait être exercée par deux juges de paix, un «recorder» ou un magistrat stipendiaire. Il est évident, à mon avis, qu'un tribunal de la jeunesse constitué pour exercer cette compétence à l'égard des jeunes contrevenants ne relève pas de l'art. 96 et cela ne change pas du fait que les fonctionnaires qui le président sont investis d'une compétence supplémentaire de même nature que celle validement conférée aux magistrats et aux juges de paix.

This does not, in my opinion, answer the question whether s. 96 is violated by assigning adoption jurisdiction to a Juvenile Court Judge. Certainly, the Parliament of Canada is not inhibited by s. 96 in conferring upon any judicial officers jurisdiction in matters falling within federal competence: see *In re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621. Thus, it could properly assign jurisdiction under its *Juvenile Delinquents Act* to Juvenile Courts established by the province and whose presiding officers were provincial appointees.

Given that Juvenile Courts, staffed as prescribed under the provincial statute, were not s. 96 courts, they would by that very fact be incompetent to exercise a purely s. 96 function. The only general support that can be gleaned from Duff C.J.'s reasons for the exercise of adoption jurisdiction by a designated Juvenile Court Judge is in his statement (at p. 403) that "The statutes before us constitute a part of the legislative measures in Ontario directed to these various ends". He had earlier defined those ends as including the care of people in distress, including neglected children and deserted wives, and the proper education and training of youth. He then supplemented his assertion of a legislative plan by adding at p. 403 that "It would be competent to the Province of Ontario to put in effect a Poor Law system modelled upon that which prevails in England to-day. The province has not seen fit to do that but in some important respects the statutes that we have to consider embody features of the Poor Law system".

The concept of a legislative plan was one of the principal bases of the appellant's position. I shall come to this later in these reasons. I do not, however, see the Ontario *Adoption Act* as having any but the most tenuous connection with any legislative plan with which the other three challenged statutes in the *Adoption Reference* may be said to be associated. There is special provision in

Cela ne répond pas, à mon avis, à la question de savoir s'il y a violation de l'art. 96 lorsqu'on attribue compétence en matière d'adoption à un juge du tribunal de la jeunesse. Certes, l'art. 96 n'empêche pas le Parlement du Canada de conférer à des fonctionnaires judiciaires la compétence sur les questions qui sont du ressort fédéral: voir l'arrêt *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621. Le Parlement pouvait donc à bon droit donner compétence en vertu de sa *Loi sur les jeunes délinquants* à des tribunaux de la jeunesse établis par la province, dont les fonctionnaires présidant étaient nommés par celle-ci.

^c Vu que les tribunaux de la jeunesse, dotés en personnel conformément aux dispositions de la loi provinciale, ne sont pas des cours visées à l'art. 96, ils n'ont donc pas compétence pour exercer une fonction relevant exclusivement de cet article. Le seul appui général qui peut être tiré des motifs du juge en chef Duff en faveur de l'exercice de la compétence en matière d'adoption par un juge désigné du tribunal de la jeunesse, ressort de sa

^d déclaration (à la p. 403) que [TRADUCTION] «Les lois que nous examinons font partie des mesures législatives ontariennes prises à ces différentes fins». Plus tôt, il avait défini ces fins comme comprenant l'apport de soins aux personnes dans la détresse, y compris les enfants négligés et les femmes abandonnées, ainsi que la bonne éducation et formation de la jeunesse. Il a alors ajouté à la p. 403, relativement à ce qu'il qualifiait de plan législatif, que [TRADUCTION] «La province de l'Ontario aurait compétence pour établir un corps de lois sur l'assistance publique calqué sur celui actuellement en vigueur en Angleterre. La province n'a pas cru bon de le faire, mais à certains

^e égards importants, les lois que nous avons à examiner comportent des éléments du corps de lois sur l'assistance publique».

^f La notion d'un plan législatif constitue l'un des principaux fondements de la thèse de l'appelant. Je reviendrai sur ce point plus loin dans ces motifs. J'estime toutefois que *The Adoption Act* de l'Ontario n'a qu'un rapport très tenu avec un plan législatif auquel on peut dire que les trois autres lois contestées dans le *Renvoi sur l'adoption* sont liées. *The Adoption Act* comporte une disposition

The Adoption Act (s. 3(4)) for the adoption of neglected children, but the Act is general in its sweep and adoption orders have certain property consequences as indicated in the Act.

The intervening Attorney General of Ontario laid great stress on *The Adoption Reference* and on its support of the jurisdiction conferred in adoption on Juvenile Court Judges. It was for him as for the other intervening provincial Attorneys General, and certainly for the appellant, an important link in their chain of argument. I cannot subscribe to the view that the *Adoption Reference*, in so far as it upheld the validity of s. 9(1)(ii) of *The Adoption Act*, is acceptable support for the contentions of the appellant on s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act*. I regard this aspect of the *Adoption Reference* as out of line with what was otherwise said there by way of principle.

Not only do I reject any submission that *The Adoption Act* can be considered *in pari materia* or as part of a legislative package with the other three statutes included in the *Adoption Reference* but, taking it alone, I do not see the jurisdiction in adoption, in the general terms in which it was conferred by the Act, as being more conformable to the jurisdiction of an inferior court than to that of a superior or county or district court. There is no doubt that neglected children, and certainly unwanted children, are prime subjects of adoption applications, but looked at from the point of view of the severance of natural parentage and the creation of new parental relationships, with personal and property consequences, I would regard adoption jurisdiction as fitting more appropriately in the catalogue of s. 96 functions than not.

Although *The Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 70, which embraces the first three statutes involved in the *Adoption Reference* appears to have accepted this position by vesting jurisdiction to make adoption orders only in the Supreme

spéciale (le par. 3(4)) sur l'adoption d'enfants négligés, mais la Loi est de portée générale et, comme elle l'indique, les ordonnances d'adoption ont certaines incidences en matière de biens.

^a Le procureur général de l'Ontario intervenant a beaucoup insisté sur le *Renvoi sur l'adoption* et l'appui que cet arrêt donne à l'attribution de la compétence en matière d'adoption aux juges du tribunal de la jeunesse. C'est pour lui, comme pour les autres procureurs généraux provinciaux intervenants, et certainement pour l'appelant, un élément important de leur argumentation. Je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle le *Renvoi sur l'adoption*, dans la mesure où il confirme la validité du sous-al. 9(1)(ii) de *The Adoption Act*, peut être retenu pour appuyer les affirmations de l'appelant concernant les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act*. J'estime que cet aspect du *Renvoi sur l'adoption* n'est pas conforme aux autres déclarations de principe contenues ailleurs dans l'arrêt.

^e Non seulement je rejette toute affirmation que *The Adoption Act* peut être considérée comme une loi identique aux trois autres lois en cause dans le *Renvoi sur l'adoption* ou comme faisant partie d'un ensemble législatif avec ces trois autres lois, mais, considérée séparément, j'estime que la compétence en matière d'adoption, selon les conditions générales de son attribution par la Loi, ne correspond pas davantage à la compétence d'une cour inférieure qu'à celle d'une cour supérieure, de comté ou de district. Il ne fait aucun doute que les enfants négligés, et certainement les enfants non souhaités, font l'objet principal des demandes d'adoption, mais en considérant la question du point de vue de la rupture de liens parentaux naturels et de la création de nouveaux liens parentaux, avec leurs conséquences tant sur le plan personnel que sur celui des biens, je serais porté à croire qu'il y a davantage lieu de situer la compétence en matière d'adoption au nombre des fonctions relevant de l'art. 96.

^j Bien que *The Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, chap. 64, s. 70, qui englobe les trois premières lois visées par le *Renvoi sur l'adoption*, semble avoir retenu ce point de vue en attribuant seulement à la Cour suprême et aux cours de comté ou de district

Court and in the County or District Courts, there is a reversion to the former position in the current *Child Welfare Act*, 1978, 1978 (Ont.), c. 85, as amended. It strips the Supreme Court and the County and District Courts of jurisdiction to make adoption orders and vests the jurisdiction under s. 71 in the Provincial Court (Family Division) or in the Unified Family Court. The latter was established for a trial period, now extended to July 1, 1982 under *The Unified Family Court Act*, 1976, 1976 (Ont.), (2nd Sess.), c. 85, as amended. The *Unified Family Court* is presided over by a County Court Judge or by a Surrogate Court Judge, authorized to exercise the jurisdiction of a Judge of a Provincial Court (Family Division). My view of the matter would lead to the conclusion that general adoption jurisdiction cannot competently be vested in a provincial court.

le pouvoir de rendre des ordonnances d'adoption, la loi actuelle, *Loi de 1978 sur le bien-être de l'enfance* actuelle, 1978 (Ont.), chap. 85 et modifications, marque un retour à la situation antérieure.

- a* Cette dernière loi enlève à la Cour suprême et aux cours de comté et de district le pouvoir de rendre des ordonnances d'adoption et, aux termes de l'art. 71, en investit la Cour provinciale (Division de la famille) et le Tribunal uniifié de la famille. Cette dernière cour a été établie pour une période d'essai, maintenant prorogée jusqu'au 1^{er} juillet 1982, en vertu de *The Unified Family Court Act*, 1976, 1976 (Ont.), (2^e sess.), chap. 85 et modifications.
- b* Le Tribunal uniifié de la famille est présidé par un juge de la cour de comté ou de la cour des successions et des tutelles, autorisé à exercer la compétence d'un juge de la Cour provinciale (Division de la famille). Mon opinion sur la question m'amène
- c* à conclure qu'on ne peut légitimement investir une cour provinciale d'une compétence générale en matière d'adoption.

e

- The second of the referred statutes, *The Children's Protection Act*, was said by Duff C.J. at p. 403 to be "Perhaps the most important of these enactments now before us". There are two passages in his judgment dealing with this Act, with his characterization of it. They are paragraphs widely separated by a very extensive discussion of previous decisions and leading to conclusions which I certainly accept, namely, there are courts outside of s. 96 whose presiding officers may constitutionally be appointed by the province and, further, the jurisdiction of such courts was not frozen as of 1867. He also recognized and approved a proposition of Drake J. in *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246, that no line can be drawn which would enable one to determine over which courts federal appointees must preside and over which courts provincial appointees may preside since every case must depend on the particular circumstances and dealt with when the necessity to do so arises.
- Quant à la deuxième loi faisant l'objet du renvoi, soit *The Children's Protection Act*, le juge en chef Duff a déclaré à la p. 403 qu'elle était [TRADUCTION] «Peut-être le plus important des textes législatifs dont nous sommes maintenant saisis». Deux passages de ses motifs sont consacrés à son interprétation de cette loi. Ces passages sont entrecoupés d'une étude très approfondie des arrêts antérieurs qui aboutit à des conclusions auxquelles je souscris certainement, savoir qu'il existe des cours non visées à l'art. 96 dont les fonctionnaires présidant peuvent être nommés constitutionnellement par la province et, en outre, que la compétence de ces cours n'est pas figée depuis 1867. Il a également reconnu et approuvé la proposition du juge Drake dans la décision *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246, voulant qu'il soit impossible de tirer une ligne de démarcation permettant de déterminer quelles cours doivent être présidées par des fonctionnaires nommés par le fédéral et lesquelles peuvent être présidées par des fonctionnaires nommés par la province, car chaque cas est un cas d'espèce qui doit être traité lorsqu'il devient nécessaire de le faire.

I come back to the two passages in which Duff C.J. characterized *The Children's Protection Act*. In the first (at p. 403), he said this:

The plan to which it gives effect is aimed at producing effective cooperation between organized voluntary services and public authorities, police officers, probation officers, justices of the peace, police magistrates, and a special tribunal known as the Juvenile or Family Court. The statute, as well as similar statutes in other provinces, has proved an admirable agency for the purpose for which it was designed.

The second passage is in these terms (at p. 421):

Having regard to the purpose of the Act and its machinery, it appears to me to be precisely the kind of legislation which might be described as the modern counterpart of the Poor Law legislation in those features of it which are concerned with the care of neglected children. With great respect, I am unable to perceive any ground upon which it can be validly affirmed that magistrates exercising jurisdiction under this statute are entering upon a sphere which, having regard to legal history, belongs to the Superior Courts rather than to courts of summary jurisdiction; or that in exercising the functions attributed to them by this legislation they come within any fair intendment of section 96.

It is proper, perhaps, to advert particularly to the circumstance that, by section 26 of the statute, a Supreme Court judge has authority at any time to put an end to the guardianship of a Children's Aid Society and to return the child to the parents (*Re Maher* [(1913) 28 Ont. L.R. 419.])

The Act provides for the supervision of neglected children, widely defined to include uncared for, abandoned or deserted children, ill-treated children, truant children and so on, and it goes on to provide for their apprehension and for bringing them before a judge, defined to include a magistrate or Juvenile Court Judge designated to be such under the Act by the Lieutenant Governor in Council. Temporary custody orders may be made by the judge pending determination whether the apprehended child is a neglected child. If such a finding is made, the child may be returned to its parents or guardian subject to the supervision of the Children's Aid Society or may be committed temporarily or permanently to the care and custody of the Children's Aid Society. If there is

Je reviens aux deux passages où le juge en chef Duff interprète *The Children's Protection Act*. Dans le premier passage (à la p. 403), il a déclaré ce qui suit:

- ^a [TRADUCTION] Le plan qu'elle met à exécution vise l'instauration d'une collaboration efficace entre les services bénévoles organisés et les autorités publiques, les policiers, les agents de probation, les juges de paix, les magistrats de police et un tribunal spécial appelé tribunal de la jeunesse ou tribunal de la famille. Cette loi, comme les lois semblables d'autres provinces, s'est révélée admirablement bien adaptée à la fin à laquelle elle a été conçue.
- ^b [TRADUCTION] Compte tenu de son objet et de ses mécanismes, la Loi me paraît, dans ses aspects qui portent sur le soin d'enfants négligés, constituer précisément ce genre de lois que l'on peut décrire comme le pendant moderne des lois sur l'assistance publique. Avec grands égards, je ne puis concevoir aucun motif valable à l'appui de l'affirmation que les magistrats exerçant compétence en vertu de cette loi touchent à un domaine qui, compte tenu de l'histoire juridique, relève des cours supérieures plutôt que des cours de juridiction sommaire; ou qu'en exerçant les fonctions que cette loi leur attribue, ces magistrats tombent dans le champ d'application de l'art. 96.

Il convient peut-être de faire mention particulière du fait qu'aux termes de l'art. 26 de la loi, un juge de la Cour suprême a le pouvoir de mettre fin à tout moment à la tutelle exercée par une société de protection de l'enfance et de rendre l'enfant à ses parents (*Re Maher* [(1913) 28 Ont. L.R. 419.])

- ^g La Loi prévoit la surveillance des enfants négligés, lesquels sont définis largement de manière à comprendre les enfants délaissés ou abandonnés, les enfants maltraités, les enfants qui font l'école buissonnière, etc., et elle permet en outre que ces enfants soient appréhendés et traduits devant un juge qui, par définition, comprend un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse ainsi désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la Loi. Le juge peut rendre des ordonnances de garde provisoires en attendant la décision relative à la question de savoir si l'enfant appréhendé est un enfant négligé. S'il conclut que c'est le cas, l'enfant peut être rendu à ses parents sous réserve de surveillance par la Société de protection de l'enfance ou confié, temporairement ou en perma-
- ⁱ

permanent committal, the Children's Aid Society as legal guardian is enjoined to find a suitable foster home for the child. There are supplementary provisions, including prohibitions against night loitering by children and for bringing juvenile offenders before a judge who may work with the Children's Aid Society or industrial schools rather than send the child to prison. In short, as Duff C.J. indicated, this Act deals summarily with a special kind of social problem arising from a sense of communal responsibility to salvage the lives of neglected children.

The third statute in the *Adoption Reference*, *The Children of Unmarried Parents Act*, reflects provincial concern for children born out of wedlock by the appointment of officers charged to obtain information about them and to act in their interests if they are uncared for. Moreover, with the consent of such officers, children born out of wedlock who cannot be provided for by their parents may be dealt with as neglected children under *The Children's Protection Act*. Apart from the foregoing, *The Children of Unmarried Parents Act* provides for affiliation orders under which the father and the mother may be required to pay for the maintenance of their child. The provincial officers are charged to see to the enforcement of the maintenance awards.

The fourth statute involved in the Reference, *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, empowers a magistrate to make an order against a husband for maintenance of a wife and their children if the wife has been deserted by him without his having made adequate provision for their maintenance.

Duff C.J. gave a joint characterization to the last-mentioned two Acts. This was his assessment [at pp. 418-20]:

As regards the *Children of Unmarried Parents Act* and the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, these statutes, broadly speaking, aim at declaring and enforcing the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children and these, self-evi-

nence, aux soins et à la garde de la Société de protection de l'enfance. S'il s'agit d'une mesure permanente, la Société de protection de l'enfance, en sa qualité de tutrice, est tenue de trouver à l'enfant un foyer nourricier convenable. Il y a des dispositions supplémentaires dont certaines interdisent aux enfants de flâner dans les rues la nuit et d'autres exigent que les jeunes contrevenants soient traduits devant un juge qui peut agir de concert avec la Société de protection de l'enfance ou des écoles industrielles plutôt que d'envoyer l'enfant en prison. Bref, comme le juge en chef Duff l'a souligné, cette loi traite de façon sommaire d'un type spécial de problème social qui découle d'un sens du devoir collectif de veiller au salut des enfants négligés.

The Children of Unmarried Parents Act, la troisième loi traitée dans le *Renvoi sur l'adoption*, reflète la sollicitude de la province pour les enfants naturels en nommant des agents chargés d'obtenir des renseignements sur eux et d'agir dans leur intérêt s'ils sont délaissés. De plus, lorsque ces agents y consentent, les enfants naturels dont les parents sont dans l'impossibilité de les entretenir peuvent être traités comme des enfants négligés au sens de *The Children's Protection Act*. Outre ce qui précède, *The Children of Unmarried Parents Act* prévoit des ordonnances de filiation en vertu desquelles le père et la mère peuvent être tenus de payer l'entretien de leur enfant. Les agents provinciaux sont chargés de faire respecter les ordonnances de pension alimentaire.

La quatrième loi dont il est question dans le renvoi, soit *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, habilite un magistrat à rendre contre un mari une ordonnance de pension alimentaire en faveur de sa femme et leurs enfants s'il a abandonné sa femme sans avoir pourvu de façon adéquate à leur entretien.

Le juge en chef Duff a traité simultanément ces deux dernières lois. Voici ce qu'il en a dit [aux pp. 418 à 420]:

[TRADUCTION] Quant à *The Children of Unmarried Parents Act* et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, ces lois visent, de façon générale, à déclarer et à faire respecter les obligations qu'ont les maris et les parents d'entretenir leur femme et leurs

dently, are peculiarly matters for provincial authority. As regards the maintenance of illegitimate children and deserted wives and children, the public responsibility, as already mentioned, rests exclusively with the provinces and it is for the provincial legislatures, and for them alone, to say how the incidence of that responsibility shall be borne. The enactments are closely analogous to certain of the enactments forming part of the Poor Law system as it has developed in England since the time of Elizabeth; and the jurisdiction vested by these statutes in magistrates and judges of the Juvenile Court is not in substance dissimilar to the jurisdiction of magistrates under that system. I agree with the Supreme Court of British Columbia in *Dixon v. Dixon* [(1932) 46 B.C.R. 375] that there is no little analogy between the pre-Confederation legislation in British Columbia and in Ontario by which the earnings of the wife, which are the property of the husband, can be taken from the husband by a protection order and placed under the control of the wife. I agree with that, on the assumption upon which the argument against this legislation proceeded, that a maintenance order against a delinquent husband at the instance of a deserted wife is to be treated as on the same footing as alimony.

I think, with great respect, however, that the matter is of little importance. The subject is envisaged by these statutes from a different point of view. It is dealt with from the point of view of the obligation of the community and of the husband to the community. That is to say, it recognizes, first, the obligation of the community to protect women and children afflicted by misfortune through the default of their natural protector in the discharge of his natural obligations and, as one means of securing that end, it imposes upon the defaulting father and husband the legal duty enforceable by summary proceedings to support his children and his wife. The statute places the obligation to care for the deserted wife and children on the shoulders of that member of the community whose duty it is to the community as well as to his family to bear the burden. . . .

One further point made against this feature of the statute is that there is no pecuniary limit. This again I regard as of small importance. The jurisdiction is not without limit; it is necessarily limited by the purpose for which the order is made.

It cannot, in my opinion, be said that the challenged provisions of the *Family Relations Act* are

enfants et ces questions, il va de soi, relèvent spécialement de la province. En ce qui concerne l'entretien d'enfants naturels et de femmes et enfants abandonnés, la responsabilité publique, comme je l'ai déjà mentionné, relève exclusivement des provinces et il revient aux législatures provinciales, et à elles seulement, de dire comment cette responsabilité sera assumée. Ces textes législatifs s'apparentent étroitement à certains de ceux qui font partie du corps de lois sur l'assistance publique instauré en Angleterre depuis le règne d'Élisabeth; et la compétence dont ces lois investissent les magistrats et les juges du tribunal de la jeunesse n'est pas fondièrement différente de la compétence attribuée aux magistrats en vertu des lois anglaises. Je souscris à l'opinion exprimée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Dixon v. Dixon* [(1932), 46 B.C.R. 375], selon laquelle il y a une grande ressemblance entre les lois de la Colombie-Britannique et de l'Ontario antérieures à la Confédération suivant lesquelles les revenus de la femme, qui appartenaient au mari, pouvaient être enlevés à ce dernier au moyen d'une ordonnance de protection et mis à la disposition de la femme. J'y souscris en me fondant sur la présomption sur laquelle repose l'argument contre cette loi, que l'on doit traiter une ordonnance rendue à la demande d'une femme abandonnée contre un mari qui manque à ses obligations de la même façon qu'une pension alimentaire.

J'estime toutefois, avec grands égards, que cela importe peu. Ces lois abordent la question d'un point de vue différent, savoir celui de l'obligation de la collectivité et de celle du mari envers cette dernière. Autrement dit, elles reconnaissent d'abord l'obligation de la collectivité de protéger les femmes et les enfants qui sont dans l'infortune parce que leur protecteur naturel ne s'acquitte pas de ses obligations naturelles et, pour atteindre cet objectif, elles imposent notamment au père et mari fautif l'obligation légale, dont le respect peut être assuré par voie de procédures sommaires, d'entretenir ses enfants et sa femme. La loi fait reposer l'obligation de pourvoir aux besoins de la femme et des enfants abandonnés sur les épaules du membre de la collectivité qui a la responsabilité, tant envers cette dernière qu'envers sa famille, d'assumer ce fardeau . . .

Un autre point soulevé à l'encontre de cet aspect de la loi est l'absence d'une limite pécuniaire. Là encore, j'estime que cela a peu d'importance. La compétence dans ce domaine n'est pas illimitée; elle est forcément restreinte par l'objet de l'ordonnance.

On ne peut dire, à mon avis, que les dispositions contestées de la *Family Relations Act* reposent sur

based on the same considerations as were found by Duff C.J. to underpin three of the statutes that were before him in the *Adoption Reference*. (I leave out of consideration *The Adoption Act* itself for reasons that I have already expressed.) The question of substance that remains is whether, notwithstanding that there is no parallel between what is now before us and what was before Duff C.J., there is reasonable ground to say that there is nonetheless broad conformity in respect of the jurisdiction conferred upon the inferior courts under the statutes in the *Adoption Reference* and that conferred under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act*. I bear in mind, of course, as an accepted principle that the jurisdiction of inferior courts cannot be regarded as forever fixed as it existed at the date of Confederation.

The Submissions from History

Apart from heavy reliance upon the *Adoption Reference*, the appellant and supporting interveners emphasized historical precedents and I wish to examine their bearing on the jurisdictional provisions of s. 6(1)(a), (b), (d) and (e). It will be convenient to do what Hinkson J.A. did and that is to consider each of the challenged paragraphs of s. 6(1) separately. (As already stated earlier, I will come later to deal with all of them collectively as part of an alleged legislative plan that is said to escape s. 96.)

(a) Guardianship of the Person of a Child

As defined in the Act, a child is a person who has not reached age 19, and the jurisdiction conferred in the Provincial Court under s. 6(1)(a) is exercisable in accordance with the provisions of s. 30, and with reference as well to ss. 22 to 29. I draw attention to the fact that under s. 25(1) guardianship encompasses not only the person of a child but also the estate of the child. Section 25 (2) and (3) is in the following terms:

25. (1) ...

(2) Subject to this Act, a guardian of the estate of a child has all powers over the estate of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second,

les mêmes considérations qui, suivant la conclusion du juge en chef Duff, sous-tendaient trois des lois dont il était saisi dans le *Renvoi sur l'adoption*. (Pour les raisons que j'ai déjà énoncées, je fais abstraction de *The Adoption Act* elle-même.) La question de fond qui reste consiste à déterminer si, même en l'absence de parallèle entre cette affaire et celle dont le juge en chef Duff a été saisi, il y a des motifs raisonnables de conclure qu'il existe néanmoins une correspondance générale sur le plan de la compétence attribuée aux cours inférieures par les lois en cause dans le *Renvoi sur l'adoption* et de celle conférée par les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act*. Je n'oublie pas, bien sûr, le principe reconnu selon lequel on ne peut pas considérer la compétence des tribunaux inférieurs comme à jamais figée dans l'état où elle était au moment de la Confédération.

d

Les arguments d'ordre historique

En plus de se fonder largement sur le *Renvoi sur l'adoption*, l'appelant et les intervenants qui l'appuient ont insisté sur des précédents historiques dont je souhaiterais examiner l'incidence sur les dispositions en matière de compétence des al. 6(1)a), b), d) et e). Il convient de suivre l'exemple du juge Hinkson et d'examiner un à un les alinéas contestés du par. 6(1). (Comme je l'ai déjà dit, j'en viendrais plus loin à les examiner collectivement dans le cadre d'un présumé plan législatif auquel l'art. 96 ne s'appliquerait pas.)

g a) La tutelle à la personne d'un enfant

Suivant la définition contenue dans la Loi, l'enfant est une personne qui n'a pas atteint l'âge de 19 ans et la compétence attribuée à la Cour provinciale par l'al. 6(1)a) peut être exercée conformément aux dispositions de l'art. 30, en tenant compte également des art. 22 à 29. Je signale que selon le par. 25(1), le mot tutelle s'applique non seulement à la personne d'un enfant mais aussi à ses biens. Les paragraphes 25(2) et (3) se lisent comme suit:

[TRADUCTION] **25. (1) ...**

(2) Sous réserve de la présente loi, le tuteur aux biens d'un enfant détient tous les pouvoirs sur les biens de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu

chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

(3) Subject to this Act, a guardian of the person of a child has all powers over the person of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

The references to the English statutes mentioned in s. 25(2) and (3) is to the *Abolition of Tenures Act*, 1660, and to the *Guardianship of Infants Act*, 1886. They relate, respectively, to the power conferred upon a father of a minor under the former Act to give custody (and hence guardianship) of a minor child to another (the child's estate also passing under the guardian's control), but under the latter Act there is wider provision for guardianship (e.g. by the parents jointly and in some cases by the mother) and power is also given to make orders for custody and for rights of access. There is a reference back in s. 4 of the latter Act to the 1660 Act, continuing the powers given therein to guardians over the person and estate of infants. What is particularly relevant, however, is that jurisdiction was vested in the Chancery Division of the High Court of Justice or in the County Court. It had been previously in the Court of Chancery alone.

Despite some ambiguity created by s. 25(1) (a guardian is both guardian of the person of a child and guardian of the estate of the child), I am satisfied (and this was also the view of the appellant in its factum) that the Provincial Court is not given jurisdiction in respect of guardianship of the estate of a child and that this is exclusively for the Supreme Court. Section 6(1)(a) is explicit that the Provincial Court is vested with jurisdiction only with respect to guardianship of the person of a child. There is no carry-over jurisdiction which the Provincial Court can assert; the Supreme Court on the contrary is declared, by s. 5(1) to continue to have jurisdiction in all matters concerning guardianship of children.

I find incongruity in this jurisdictional distinction. To vest exclusive jurisdiction in the Supreme Court with respect to the appointment, removal

des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

(3) Sous réserve de la présente loi, le tuteur à la personne d'un enfant détient tous les pouvoirs sur la personne de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

b Les lois anglaises mentionnées aux par. 25(2) et (3) sont l'*Abolition of Tenures Act*, 1660, et la *Guardianship of Infants Act*, 1886. La première attribue au père d'un mineur le pouvoir d'en confier la garde (et partant, la tutelle) à une autre personne (les biens de l'enfant passant également sous le contrôle du tuteur), mais la seconde loi contient une disposition plus large en matière de tutelle (par exemple, par les parents conjointement et dans certains cas par la mère), conférant aussi le pouvoir de rendre des ordonnances en matière de garde et de droit de visite. L'article 4 de cette dernière loi renvoie à la Loi de 1660 et il maintient les pouvoirs sur la personne et les biens des mineurs que la Loi de 1660 accordait aux tuteurs. Ce qui nous intéresse plus particulièrement toutefois, est le fait que cette compétence a été attribuée à la Division de la chancellerie de la Haute Cour de Justice ou à la cour de comté. Elle avait auparavant été attribuée exclusivement à la Cour de chancellerie.

Même si le par. 25(1) crée une certaine ambiguïté (le tuteur est responsable à la fois de la personne et des biens de l'enfant), je suis convaincu (et c'est également l'avis qu'exprime l'appellant dans son mémoire) que la Cour provinciale n'a pas compétence en matière de tutelle aux biens d'un enfant et que cela relève exclusivement de la Cour suprême. L'alinéa 6(1)a) dispose expressément que la Cour provinciale n'a compétence qu'en matière de tutelle à la personne d'un enfant. Si la Cour provinciale ne peut invoquer une extension de sa compétence, la Cour suprême par contre, aux termes du par. 5(1), continue d'avoir compétence sur toutes les questions touchant la tutelle d'enfants.

J'estime incongrue cette distinction des compétences. A mon avis, il n'est pas pratique, et cela constitue en fait un effort excessif de la province

and supervision of the guardian of the estate of a child and to vest concurrent jurisdiction in the Provincial Court respecting guardianship of the person of a child, without any distinguishing elements as to the position, condition or status of the child to support conferment of this concurrent jurisdiction in the Provincial Court seems to me to be impractical and, indeed, an overreaching by the province to favour the Provincial Court. Conceivably, the same person could be appointed guardian of the person and guardian of the estate. The obvious restraint of the province in withholding property jurisdiction from the Provincial Court speaks loudly enough and reinforces my view that guardianship of an infant, which traditionally encompassed also guardianship of the estate, is a jurisdiction which belongs to a s. 96 court unless (which is not this case) the assignment of such jurisdiction (the guardianship of the person of an infant) to the Provincial Court can be based on such special considerations as were canvassed in the *Adoption Reference* with respect to *The Children's Protection Act* and *The Children of Unmarried Parents Act*; in short, a limited rather than a general jurisdiction.

There is some recognition of this incongruity in s. 31 under which it is the Supreme Court that may require security from "a guardian or guardian of the estate of a child". Again, under s. 32, a guardian may apply to a court, that is either to the Supreme Court or to the Provincial Court, "for directions concerning a question affecting the child and the court may make the order in this regard it considers proper". How awkward, if this envisages the jurisdictional distinction above-mentioned! The same distinction presumably arises under s. 33 which concerns resignation of a guardian by leave of the court where he has been appointed by Court order.

I have canvassed the pre-Confederation statutes and cases on jurisdiction in respect of guardianship and I refer to some of them only as a footnote to the full discussion by Hinkson J.A. to which I have already alluded. The fact that the Surrogate Court in Prince Edward Island was given a limited authority under a statute of 1838, c. 15, to appoint

en vue de favoriser la Cour provinciale, d'investir la Cour suprême d'une compétence exclusive en ce qui concerne la nomination, la destitution et la surveillance du tuteur aux biens d'un enfant et d'attribuer à la Cour provinciale une compétence concurrente en matière de tutelle à la personne d'un enfant, sans étayer l'attribution de cette compétence concurrente d'éléments distinctifs quant à la position, à l'état ou au statut de l'enfant. Il est concevable que la même personne puisse être nommée tuteur à la personne et aux biens. Que la province ait fait preuve de retenue en n'attribuant pas la compétence sur les biens à la Cour provinciale en dit assez long à ce sujet et renforce mon avis que la tutelle d'un enfant, qui traditionnellement englobait la tutelle aux biens, est un domaine de compétence qui relève d'une cour visée à l'art. 96, à moins que (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) l'attribution de cette compétence (la tutelle à la personne d'un enfant) puisse se fonder sur des considérations spéciales comme celles examinées dans le *Renvoi sur l'adoption* en ce qui concerne *The Children's Protection Act* et *The Children of Unmarried Parents Act*; bref, il s'agit d'une compétence limitée plutôt que générale.

Cette incongruité est reconnue jusqu'à un certain point à l'art. 31 aux termes duquel c'est la Cour suprême qui peut exiger que [TRADUCTION] «un tuteur ou tuteur aux biens d'un enfant» fournitise caution. Aussi, suivant l'art. 32, un tuteur peut demander à une cour, c'est-à-dire soit à la Cour suprême, soit à la Cour provinciale, [TRADUCTION] «des directives sur une question touchant l'enfant et la cour peut, à cet égard, rendre l'ordonnance qu'elle juge appropriée». Quel embarras si cela considère la distinction de compétences susmentionnée! Je présume que la même distinction s'appliquerait à l'art. 33 qui porte sur la démission du tuteur sur autorisation de la cour lorsqu'il a été nommé par ordonnance de la cour.

i J'ai examiné les lois et les arrêts antérieurs à la Confédération portant sur la compétence en matière de tutelle et si j'en cite quelques-uns, ce n'est qu'accessoirement à l'étude exhaustive du juge Hinkson dont j'ai déjà fait mention. Le fait que la Loi de 1838, chap. 15, ait conféré au tribunal des successions et des tutelles de l'Île-du-

guardians for minors does not compel the conclusion that such jurisdiction may after Confederation be assigned to a Provincial Court. Similar authority was given to the Surrogate Court in Upper Canada by 22 Vict., 1st Sess., c. 93, and it was held in a number of cases that this did not oust the jurisdiction of the Court of Chancery: see *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191. Indeed, the Court of Chancery regarded its exercise of jurisdiction over infants, including guardianship jurisdiction, as a *parens patriae* authority to act as it deemed best in the interests of infants: see *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295. In *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452, it was referred to by Stuart J. in the Alberta Appellate Division at p. 456 as "this Court's inherent power to control the guardian who has been substituted for the natural guardian". I should point out that the Provincial Court is, under s. 6(2) of the *Family Relations Act*, expressly denied "the inherent jurisdiction described in section 5(3)", that is to act in a *parens patriae* capacity, that is preserved for the Supreme Court.

(b) Custody of or Access to a Child

After specifying in s. 34 the persons who may exercise custody over a child (e.g. parents or a parent, a person having a custody order or entitled to custody under a written agreement), s. 35 of the *Family Relations Act* provides for jurisdiction to make custody or access orders, as follows:

35. (1) On application a court may order that one or more persons may exercise custody over a child or have access to the child.

(2) An order for access may be made whether or not a custody order is made.

Prince-Édouard un pouvoir limité de nommer des tuteurs pour les mineurs ne nous constraint pas à conclure que depuis la Confédération cette compétence peut être attribuée à une cour provinciale.

- a Un pouvoir analogue a été conféré au tribunal des successions et des tutelles du Haut-Canada par la Loi 22 Vict., 1^{re} sess., chap. 93, et on a statué dans un certain nombre d'arrêts que cela n'écartait pas la compétence de la Cour de chancellerie: voir *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15, *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191. En fait, la Cour de chancellerie considérait l'exercice de sa compétence sur les mineurs, y compris la compétence en matière de tutelle, comme un pouvoir de *parens patriae* lui permettant d'agir de la manière qu'elle jugeait la plus conforme aux intérêts des mineurs: voir *Anonymous* (1858), 6 Grant 632, *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295. Dans l'arrêt *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452, le juge Stuart de la Division d'appel de l'Alberta a décrit cette compétence à la p. 456 comme [TRADUCTION] «le pouvoir inhérent de cette Cour d'exercer un contrôle sur le tuteur qui a été substitué au tuteur naturel». Je dois souligner que le par. 6(2) de la *Family Relations Act* refuse expressément à la Cour provinciale [TRADUCTION] «la compétence inhérente visée au paragraphe 5(3)», c'est-à-dire d'agir en qualité de *parens patriae*, cette compétence étant réservée à la Cour suprême.

g) b) La garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite

Ayant précisé à l'art. 34 quelles personnes peuvent avoir la garde d'un enfant (par exemple, les parents ou l'un d'eux, la personne qui détient une ordonnance de garde ou qui a droit à la garde en vertu d'une entente écrite), la *Family Relations Act* traite, à l'art. 35, de la compétence pour rendre des ordonnances en matière de garde ou de droit de visite. Voici le texte de l'art. 35:

[TRADUCTION] 35. (1) Une cour peut, sur demande, ordonner qu'une seule ou plusieurs personnes aient la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite.

j) (2) Le droit de visite peut être accordé par voie d'ordonnance même s'il n'y a pas eu ordonnance de garde.

(3) Where a person has not received notice of a proceeding or has not been given opportunity to be heard in the proceeding, custody shall not be granted to that person.

(4) An order for custody or access may include terms and conditions the court considers necessary and reasonable in the best interests of the child.

Again, this is a general jurisdiction. It is related to the best interests of the child (specified also in s. 24) but so are guardianship orders. It is conceivable that custody and access, taken together or separately when orders to that effect are sought, would have no necessary connection with guardianship but s. 23 seems to me to be a practical realization of their interconnection. It reads:

23. (1) Subject to subsection (2), where a person other than the father or mother of a child is granted custody of the child by a court, the court in its order may direct that the superintendent is guardian of the person of the child or that the Public Trustee is guardian of the estate of the child.

(2) An order shall not be made under subsection (1) unless the superintendent or Public Trustee named in the order has been given a prior opportunity to be represented in the proceeding.

Indeed, s. 23(1), in its reference to the Public Trustee as the guardian of the estate of the child, underlines the point I made earlier of the incongruity in the differentiation in jurisdiction between the Provincial Court and the Supreme Court according to whether the concern is with guardianship of the person of the child or guardianship of the estate.

What is urged by the appellant and by supporting interveners is that it is wrong to see custody and access as coming within Provincial Court jurisdiction only in the case of neglected children or children born out of wedlock (as was the case under the *Adoption Reference*) and wrong also to refuse to recognize jurisdiction in the Provincial Court when the statutory injunction is to consider the best interests of the child. However, if jurisdiction over custody and access, either apart from or in relation to guardianship, was vested to some

(3) La garde ne sera pas accordée à une personne à qui n'a pas été signifiée la procédure ou qui n'a pas eu la possibilité de se faire entendre.

a (4) L'ordonnance de garde ou le droit de visite peuvent être assortis des modalités que la cour estime nécessaires et raisonnables pour le plus grand avantage de l'enfant.

b Là encore, il s'agit d'une compétence générale. Cette compétence vise le plus grand avantage de l'enfant (comme le précise également l'art. 24), mais il en va aussi de même pour les ordonnances de tutelle. Il est concevable que la garde et le droit de visite, considérés ensemble ou séparément lorsqu'on demande des ordonnances à cet effet, n'aient pas forcément de rapport avec la tutelle, mais l'art. 23 me semble à toutes fins utiles concrétiser leur interaction. Cet article se lit comme suit:

d [TRADUCTION] 23. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'elle accorde la garde d'un enfant à une personne autre que son père ou sa mère, la cour peut dans son ordonnance constituer le surintendant tuteur à la personne de l'enfant ou le curateur public, tuteur aux biens de l'enfant.

e (2) Nulle ordonnance ne sera rendue en vertu du paragraphe (1), à moins que le surintendant ou le curateur public nommé dans l'ordonnance n'ait eu préalablement la possibilité de se faire représenter à la procédure.

g En fait, le par. 23(1), par sa mention du curateur public comme tuteur aux biens de l'enfant, renforce ce que j'ai déjà dit sur l'incongruité de la distinction des compétences de la Cour provinciale et de la Cour suprême selon qu'il s'agit de tutelle à la personne d'un enfant ou de tutelle à ses biens.

h i L'appelant et les intervenants qui l'appuient font valoir qu'il est erroné de prétendre que la garde et le droit de visite relèvent de la Cour provinciale seulement lorsqu'il s'agit d'enfants négligés ou d'enfants naturels (comme c'était le cas dans le *Renvoi sur l'adoption*) et qu'il est fautif également de refuser de reconnaître la compétence de la Cour provinciale alors que la loi enjoint de tenir compte du plus grand avantage de l'enfant. Toutefois, si la compétence en matière de garde et de droit de visite, indépendamment ou non de la tutelle, était

degree (*e.g.* in respect of fatherless infants, as in Upper Canada under a statute of 1827, c. 6) in an inferior court, custody and access were also the subject of pre-Confederation jurisdiction vested in superior courts under 1855 (U.C.), c. 126. True, this was a jurisdiction to be invoked by the mother but at that period it was the father who was regarded as the legal custodian; indeed guardian, as was recognized even after Confederation: see *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317, at p. 326.

As Hinkson J.A. pointed out in his reasons, the welfare or best interests of the child as the primary consideration in custody and access as in guardianship is not a new principle in its statement in s. 24. It was a principle long acted upon by superior courts and does not provide a basis upon which it can support summary jurisdiction in such matters in the Provincial Court. Having regard to history, both in England and in pre-Confederation legislation here, I would regard questions of custody and access in their generality under s. 6(1)(b) as more analogous, more conformable to the type of jurisdiction of a s. 96 court than to that of a Provincial Court.

(c) Occupancy of the Family Residence and Use of its Contents

The concern under this heading is with the jurisdiction conferred upon the Provincial Court by s. 6(1)(d) of the *Family Relations Act*. The jurisdiction engages ss. 77 and 78 of the Act. These sections read as follows:

77. (1) An order under this section is for temporary relief pending determination of the rights to the property of the spouses by agreement or by a court having jurisdiction in those matters.

(2) A court may make an order under this section respecting property that is owned or leased by one or both spouses and is or has been

(a) occupied by the spouses as their family residence; or

attribuée dans une certaine mesure à une cour inférieure (par exemple, à l'égard des enfants orphelins de père, comme dans le Haut-Canada en vertu de la Loi de 1827, chap. 6), il reste que la garde et le droit de visite faisaient également l'objet d'une compétence antérieure à la Confédération que les cours supérieures ont obtenue à 1855 (H.-C.), chap. 126. Il est vrai que seule la mère pouvait invoquer cette compétence mais à cette époque-là, sur le plan juridique, c'était au père que revenait la garde, voire la tutelle, comme on l'a reconnu même après la Confédération: voir *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317, à la p. 326.

Comme l'a fait remarquer le juge Hinkson dans ses motifs, il n'y a rien de nouveau dans le principe énoncé à l'art. 24 selon lequel, en matière de garde et de droit de visite, comme en matière de tutelle, c'est le bien-être ou le plus grand avantage de l'enfant qui prime. Il s'agit d'un principe que les cours supérieures appliquent depuis longtemps et il ne peut pas servir de fondement à la juridiction sommaire de la Cour provinciale en ces matières. Compte tenu à la fois de l'histoire anglaise et de l'état de la législation canadienne antérieure à la Confédération, j'estime que les questions générales de garde et de droit de visite à l'al. 6(1)b) relèvent davantage du type de compétence d'une cour visée à l'art. 96 que de celui d'une cour provinciale.

c) L'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve

g) Le point qui nous intéresse sous cette rubrique est la compétence que l'al. 6(1)d) de la *Family Relations Act* confère à la Cour provinciale. Cette compétence fait appel aux art. 77 et 78 de la Loi.

h) Voici le texte de ces articles:

[TRADUCTION] 77. (1) Une ordonnance rendue en vertu du présent article vise à accorder un redressement provisoire en attendant que les droits sur les biens des époux soient déterminés par entente ou par une cour compétente en la matière.

(2) Une cour peut rendre une ordonnance en vertu du présent article relativement à tout bien appartenant à l'un ou l'autre des époux ou aux deux ou loué par l'un ou l'autre ou les deux,

a) qu'ils occupent ou ont occupé comme résidence familiale, ou

(b) personal property used or stored at the family residence.

(3) On application, the court may order that one spouse for a stated period

(a) be given exclusive occupancy of the family residence; or

(b) to the exclusion of the other spouse may use all or part of the personal property at the family residence.

(4) An order under subsection (3) does not authorize the spouse to materially alter the substance of the family residence or personal property. A spouse does not acquire a proprietary interest on the making of an order under this section.

(5) Subject to section 78, a right of a spouse to exclusive occupancy or use ordered under this section shall not continue after the rights of the other spouse, or of both spouses, as owner or lessee are terminated.

(6) Nothing in this section prevents the filing of an entry under the *Land (Wife Protection) Act*.

78. Where an order for exclusive occupancy or use has been made under section 77, the Supreme Court, on application, may order that the rights of a spouse to apply for partition and sale or to sell or otherwise dispose of or encumber the property be postponed and be subject to the right of exclusive occupancy or use and may, in its order, vary the order made under section 77.

The contention is that the Provincial Court, having a limited authority to grant temporary relief, would not be adjudicating on proprietary rights but would be dealing incidentally with questions of occupancy pending ultimate determination of ownership or rights of property by the Supreme Court, as prescribed by s. 52. The latter is a provision in Part 3 of the Act and is hence outside of the jurisdiction of the Provincial Court.

Of course, a right of occupancy is not ownership but it is a property interest not easily distinguishable from a possessory right, especially when s. 77(3) speaks of orders for exclusive occupancy and use of personal property at the family residence to the exclusion of the other spouse. Again, there is a conferment of general jurisdiction upon the Pro-

b) qui est un bien meuble utilisé ou gardé à la résidence familiale.

(3) La cour peut, sur demande, ordonner que pendant une période déterminée,

a) l'occupation exclusive de la résidence familiale soit accordée à l'un des époux, ou

b) l'un des époux puisse, à l'exclusion de l'autre, utiliser la totalité ou une partie des biens meubles se trouvant à la résidence familiale.

b) (4) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (3) n'autorise pas l'époux à modifier sensiblement la nature de la résidence familiale ni celle des biens meubles. Une ordonnance rendue en vertu du présent article n'attribue pas un droit de propriété à un époux.

c) (5) Sous réserve de l'article 78, le droit d'un époux à l'occupation ou à l'utilisation exclusive accordé en vertu du présent article prend fin dès l'extinction des droits de l'autre époux, ou des deux, comme propriétaire ou locataire.

d) (6) Rien au présent article n'empêche le dépôt d'un bref de possession en vertu de la *Land (Wife Protection) Act*.

e) **78.** Lorsqu'une ordonnance d'occupation ou d'utilisation exclusive a été rendue en vertu de l'article 77, la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les droits d'un époux de demander le partage et la vente, ou de vendre ou de toute autre manière disposer du bien ou de le grever d'une charge soient suspendus et assujettis au droit d'occupation ou d'utilisation exclusive et elle peut, dans son ordonnance, modifier l'ordonnance rendue en vertu de l'article 77.

g) f) h) i) On prétend que la Cour provinciale, ayant un pouvoir limité d'accorder un redressement provisoire, ne se trouverait pas à se prononcer sur des droits de propriété; elle se trouverait plutôt à traiter de façon accessoire des questions d'occupation en attendant la décision définitive de la Cour suprême concernant la propriété ou les droits de propriété, comme le prescrit l'art. 52. Cette dernière disposition, contenue dans la Partie 3 de la Loi, est hors de la compétence de la Cour provinciale.

j) Bien sûr, un droit d'occupation n'équivaut pas à la propriété, mais il s'agit d'un droit réel qui se distingue difficilement d'un droit de possession, d'autant plus que le par. 77(3) parle d'ordonnances d'occupation exclusive et d'utilisation des biens meubles se trouvant à la résidence familiale à l'exclusion de l'autre époux. Encore là, une compé-

vincial Court, albeit qualified by limiting its orders to temporary relief.

I see no redeeming policy favouring inferior court jurisdiction to justify the differentiation between temporary occupancy orders and orders for final determination of the property interests of spouses. Pre-Confederation English and New Brunswick legislation, considered by Hinkson J.A., and dealing respectively with inferior court jurisdiction over deserting and overholding tenants offers no parallel to what is found in s. 77. Landlord and tenant relationships are not the substance of s. 77 or s. 6(1)(d); rather the relevant matter is the disposition of family assets, a concern for the property relations of spouses. I agree with Hinkson J.A. that what is given in s. 6(1)(d) is a jurisdiction more conformable to that exercised and exercisable by a s. 96 court than that which may be vested in a Provincial Court.

tence générale est attribuée à la Cour provinciale, quoique cette compétence soit limitée à des ordonnances accordant un redressement provisoire.

a Je ne vois aucun principe en faveur de la compétence des cours inférieures qui justifie la distinction entre les ordonnances d'occupation temporaire et les ordonnances qui déterminent définitivement les droits réels des époux. Les lois d'Angleterre et du Nouveau-Brunswick antérieures à la Confédération que le juge Hinkson a examinées et qui traitent respectivement de la compétence des cours inférieures sur les locataires qui quittent les lieux avant la fin de leur bail ou qui y restent après son expiration, n'offrent aucun parallèle avec ce qui se trouve à l'art. 77. L'article 77 et l'al. 6(1)d) ne portent pas sur les relations entre propriétaires et locataires; ils visent plutôt la disposition des biens familiaux, une question qui relève des relations entre époux en matière de biens. Je souscris à l'avis du juge Hinkson selon lequel l'al. 6(1)d) confère une compétence qui correspond davantage à celle qu'exerce ou peut exercer une cour visée à l'art. 96 qu'à celle dont une cour provinciale peut être investie.

(d) Non-entry Orders

The jurisdiction conferred upon the Provincial Court under s. 6(1)(e) (the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child) relates to the substantive terms of s. 79 of the *Family Relations Act*. It is as follows:

79. (1) A court may, on application, order that, while the spouses continue to live separate and apart, one spouse shall not enter premises while the premises are occupied by the other spouse or child in the custody of the other spouse.

(2) Subsection (1) applies whether or not the spouse against whom the order is made owns or has a right to possession of the premises.

There is also a relationship to s. 37 which gives ancillary support to a custody order, as is evident from its terms:

f La compétence attribuée à la Cour provinciale en vertu de l'al. 6(1)e) (les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe) se rapporte aux dispositions de fond de l'art. 79 de la *Family Relations Act*. En voici le texte:

[TRADUCTION] **79.(1)** Une cour peut, sur demande, ordonner que, pendant que les époux continuent à vivre séparés, l'un d'eux n'entre pas dans des lieux lorsque ceux-ci sont occupés par l'autre époux ou par un enfant dont ce dernier a la garde.

g **(2)** Le paragraphe (1) s'applique peu importe que l'époux contre qui l'ordonnance est rendue soit propriétaire des lieux ou qu'il ait un droit de possession sur ceux-ci.

j Il y a également un lien avec l'art. 37 qui, comme il se dégage de ses termes, prévoit des mesures accessoires à une ordonnance de garde. Cet article se lit comme suit:

37. Where a court makes a custody order or a custody order is enforceable by a court, the court may order that a person

- (a) shall not enter premises, including premises the person owns or has a right to possession of, where the child resides from time to time;
- (b) shall not make contact or endeavour to make contact with or otherwise interfere with either the child or any person having custody of or access to the child; or
- (c) where a court concludes that the person named in its custody order may not comply with an order under paragraph (a) or (b), the court may further order that the person
 - (i) enter into a recognizance, with or without sureties, in such reasonable amount as the court thinks necessary;
 - (ii) report to the court or person designated for the period of time, and at the times and places, as the court considers necessary and reasonable; or
 - (iii) deliver up to the court such documents as the court thinks fit

or any combination of these.

Since resort to the Provincial Court under s. 37 is dependent on jurisdiction to make a custody order and such jurisdiction is, in my view, beyond the competence of that Court, I need say no more about s. 37.

What then of s. 79? It too has in it aspects of ancillary relief to support a custody order, as is evident from the very terms of s. 79(1). It, quite reasonably, may be used to support an occupancy right granted as temporary relief under s. 77. The contention of the appellant is that non-entry orders are akin to preventive justice and consequently may competently be assigned to the Provincial Court.

The case law on preventive justice has been canvassed by Hinkson J.A. Apart from the question whether binding over a person to keep the peace falls within the federal criminal law power, a question which does not call for decision here,

[TRADUCTION] 37. La cour qui rend une ordonnance de garde ou qui doit la faire respecter, peut

- a) interdire à une personne d'entrer dans des lieux où l'enfant réside à l'occasion, y compris ceux dont elle est propriétaire ou sur lesquels elle a un droit de possession,
- b) interdire à une personne de communiquer ou d'essayer de communiquer avec l'enfant ou avec toute personne ayant la garde de l'enfant ou le droit de lui rendre visite, ou d'importuner de quelque autre manière cet enfant ou cette personne, ou
- c) lorsqu'elle conclut que la personne nommée dans son ordonnance de garde est susceptible de déroger à une ordonnance rendue en vertu des alinéas a) ou b), ordonner en outre que la personne
 - d) souscrire un engagement, avec ou sans caution, d'un montant que la cour juge raisonnable et nécessaire,
 - e) se présenter à la cour ou à la personne désignée pendant la période et aux dates et endroits que la cour juge nécessaires et raisonnables, ou
 - f) produire à la cour les documents qu'elle juge appropriés

ou qu'elle satisfasse à plus d'une de ces exigences.

Puisque le recours auprès de la Cour provinciale en vertu de l'art. 37 repose sur la compétence pour rendre une ordonnance de garde et que la Cour provinciale, à mon avis, n'a pas cette compétence, je n'ai rien à ajouter au sujet de l'art. 37.

g) Qu'en est-il donc de l'art. 79? Il ressort des termes mêmes de son par. (1) que cet article comporte lui aussi certains aspects de mesures accessoires à une ordonnance de garde. Il est donc tout à fait raisonnable de l'invoquer pour appuyer un droit d'occupation accordé à titre de redressement provisoire conformément à l'art. 77. L'appellant prétend que les ordonnances de ne pas entrer tiennent de la justice préventive et que le pouvoir de les rendre peut donc à bon droit être attribué à la Cour provinciale.

Le juge Hinkson a examiné la jurisprudence en matière de justice préventive. Abstraction faite de la question de savoir si le fait d'exiger qu'une personne s'engage à ne pas troubler l'ordre public relève du pouvoir fédéral en matière de droit cri-

what we have in s. 79 is more akin to injunctive relief than it is to any relief against an apprehended breach of the peace. Moreover, it arises in a different context. There is, moreover, no parallel with the type of injunctive relief (by way of cease and desist orders) which was sustained by this Court in *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, *supra*. The cease and desist orders there were adjuncts of a valid administrative scheme dealing in its central features with matters that had not been cognizable, certainly not in their institutional setting, by any court. In short, I cannot find any basis upon which non-entry orders under s. 79 can be assigned to the Provincial Courts when other matters respecting spousal relationships, especially concerning property, are beyond the Provincial Court's jurisdiction.

minel, question sur laquelle nous n'avons pas à nous prononcer en l'espèce, les dispositions de l'art. 79 s'apparentent davantage à un redressement par voie d'injonction qu'à un redressement contre une violation appréhendée de la paix. De plus, cet article est invoqué dans un contexte différent. Il n'y a, d'autre part, aucun parallèle avec le type de redressement par voie d'injonction (sous la forme d'ordres de ne pas faire) admis par cette Cour dans l'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, précité. Dans cet arrêt, les ordres de ne pas faire étaient accessoires à un régime administratif valide portant pour l'essentiel sur des questions dont aucune cour n'avait pu connaître en raison tout au moins de leur contexte institutionnel. Bref, je ne puis trouver aucun fondement justifiant l'attribution à la Cour provinciale de la compétence en matière d'ordonnances de ne pas entrer en vertu de l'art. 79 alors que d'autres questions concernant les rapports entre époux, particulièrement en ce qui a trait aux biens, sont hors de sa compétence.

The Submission as to a Legislative Plan

A strong and recurrent contention was made by the appellant in the course of argument, a contention that was endorsed by some at least of the supporting interveners, that the Legislature had reposed the challenged jurisdiction in the Provincial Court under s. 6(1)(a), (b) (d) and (e) (and, indeed, under s. 6(1)(c) which is not before us) as part of a legislative scheme or plan to deal summarily yet within prudent limits with connected aspects of family relations. The contention is advanced by pointing to the provision in the Act for non-curial professional staff to assist in its administration. From this, the conclusion is sought that there is here a social scheme, an integrated plan for dealing with disruptions in family relations and to ensure protection, particularly of children, as well as to secure shelter for disadvantaged spouses and children. The attempted parallel with what was said in the *Adoption Reference* was put again and again; and further emphasis was lent to this contention by pointing to the exclusion of matters arising under the federal *Divorce Act* and the hiving off of property disputes from Provincial

La thèse relative à un plan législatif

L'appelant a affirmé avec insistance et à plusieurs reprises au cours de sa plaidoirie, du moins avec l'appui de certains intervenants, que la législature avait attribué la compétence contestée à la Cour provinciale en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) (et même en vertu de l'al. 6(1)c) dont nous ne sommes pas saisis) dans le cadre d'un programme ou plan législatif visant à traiter sommairement, tout en respectant les limites dictées par la prudence, des aspects connexes des relations familiales. L'appelant fonde cette affirmation sur la disposition de la Loi relative au personnel professionnel non judiciaire chargé d'aider à son application. Il nous demande d'en conclure que nous sommes ici en présence d'un programme social, un plan complet permettant de traiter les perturbations dans les relations familiales et d'assurer une protection, particulièrement aux enfants, ainsi que de pourvoir au logement des conjoints et des enfants défavorisés. A maintes et maintes reprises, l'appelant a essayé de faire un parallèle avec ce qui a été dit dans le *Renvoi sur l'adoption* et il a renforcé davantage cette affirmation en invoquant

Court jurisdiction.

The fact that there is concurrency of jurisdiction in respect of the challenged matters in both the Provincial Court and in the Supreme Court is a relevant consideration in assessing whether there is here the kind of legislative plan that is asserted by the appellant. It is a concurrency that does not depend upon any differentiation in function between the two courts and, certainly, the employment of adjunct professional or expert staff is not something that is unique to a Provincial Court. The legislative plan is as much one that pays respect to the jurisdiction of the Supreme Court as to that of the Provincial Court.

If I take it that the triggering factor in invocation of jurisdiction under the Act would be family discord or marriage breakdown, there is still the fact that the generality of the jurisdiction forces consideration of the separate elements in 6(1)(a), (b), (d) and (e). Property considerations are very much central to the Act and the Act does not engage the Provincial Court in any direct way in such matters. I have already made it clear in my reasons that the kind of jurisdiction which is given indistinguishably to the Provincial Court and to the Supreme Court is in its separate elements jurisdiction more conformable to that of a s. 96 Court than to a Provincial Court. That being the case, it is no answer to say that the Provincial Courts are more accessible to those who might need relief under the *Family Relations Act* than is the Supreme Court, especially in the availability of service in outlying areas. This was not an answer in the immediate post-1867 period when communication and accessibility of judicial services were far less advanced than they are at the present time and it is not an answer today.

For all the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. There will be no order as to costs.

l'exclusion des questions relevant de la *Loi sur le divorce* fédérale et le fait que les litiges portant sur les biens soient soustraits à la compétence de la Cour provinciale.

a

La compétence concurrente de la Cour provinciale et de la Cour suprême sur les questions faisant l'objet du présent litige est un facteur pertinent qui doit être pris en considération pour établir si, en l'espèce, il existe un plan législatif du type allégué par l'appelant. Cette concurrence ne repose aucunement sur une distinction des rôles des deux cours, et l'embauche de personnel auxiliaire professionnel ou expert ne se restreint pas exclusivement à une cour provinciale. Le plan législatif reconnaît autant la compétence de la Cour suprême que celle de la Cour provinciale.

d

Même en supposant que ce sont des litiges familiaux ou la rupture du mariage qui déclenchent le recours à la compétence accordée par la Loi, il reste que le caractère général de cette compétence oblige à examiner chacun des éléments des al. 6(1)a), b), d), et e). Les considérations rattachées aux biens relèvent avant tout de la Loi et celle-ci ne lie aucunement de façon directe la Cour provinciale à ces questions. J'ai déjà indiqué clairement dans ces motifs que le type de compétence qui est accordé indistinctement à la Cour provinciale et à la Cour suprême correspond davantage, de par ses éléments distincts, à la compétence d'une cour visée à l'art. 96 qu'à celle d'une cour provinciale. Tel étant le cas, il ne suffit pas de répondre que les cours provinciales sont plus accessibles à ceux qui requièrent un redressement en vertu de la *Family Relations Act* que ne l'est la Cour suprême, surtout dans les régions éloignées. Cela ne suffisait pas pendant la période suivant immédiatement 1867 lorsque les moyens de communication et les possibilités d'accès aux services judiciaires étaient de beaucoup moins qu'ils ne le sont de nos jours et cela ne constitue donc pas une réponse valable aujourd'hui.

j

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

The judgment of Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the Chief Justice's disposition of this appeal and with respect wish to differ with that disposition in regard to the answers to questions (a) guardianship and (b) custody and access. There is no need to restate the background to the constitutional issue here nor to go over the authorities as all of that has been set out by the Chief Justice.

In my respectful view, the issue here turns around the *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, and I therefore go directly to it. The problem, like many arising in constitutional law, has a simple and apparently innocent origin; here it is s. 96 of the *British North America Act* which states:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

Behind that simple provision lie many real as well as fanciful theories as to its role and purpose in our Constitution. The generally accepted theory has been that the national appointment of superior, county and district court judges was designed to ensure a quality of independence and impartiality in the courtroom where the more serious claims and issues in the community arise; and an aura of detachment said to be analogous to that of the royal justices on circuit from Westminster is thought to be the aim of the authors of s. 96. See *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, where Lord Blanesburgh, at p. 121, stated:

... the section is shown to lie at the root of the means adopted by the framers of the statute to secure the impartiality and independence of the Provincial judiciary.

Duff C.J. reviewed the same argument in the *Adoption Reference*, at pp. 415-16, but evidently did not find it compelling:

Version française du jugement des juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef concernant le présent pourvoi et, avec égards, je tiens à souligner mon désaccord avec sa réponse à la question dans la mesure où elle se rapporte à l'alinéa a) la tutelle et à l'alinéa b) sur la garde et le droit de visite. Il n'est pas nécessaire de refaire ici l'historique de la question constitutionnelle ni de passer en revue la jurisprudence, puisque le Juge en chef l'a déjà fait.

c Je suis respectueusement d'avis que la question litigieuse est étroitement liée au *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398, et j'en viens donc immédiatement à cet arrêt. Comme c'est souvent le cas dans le domaine du droit constitutionnel, le problème a son origine dans une disposition simple et en apparence anodine, en l'occurrence l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui se lit comme suit:

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

Cette disposition pourtant simple a donné naissance à nombre de théories, certaines réalistes, d'autres fantaisistes, quant à son rôle et à son objet dans notre Constitution. Suivant la théorie généralement acceptée, la nomination à l'échelon national des juges des cours supérieures, de comté et de district vise à assurer un certain degré d'indépendance et d'impartialité dans les salles d'audience où surgissent les actions et les litiges plus sérieux, et l'on croit que les rédacteurs de l'art. 96 ont cherché à créer un esprit de détachement analogue à celui des juges itinérants de Westminster. Voir *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, où lord Blanesburgh a déclaré, à la p. 121:

i [TRADUCTION] ... il appert que cet article constitue le fondement des moyens que les rédacteurs de la loi ont adoptés pour assurer l'impartialité et l'indépendance de la magistrature provinciale.

Le juge en chef Duff a examiné ce même argument dans le *Renvoi sur l'adoption*, aux pp. 415 et 416, mais de toute évidence il ne l'a pas jugé impérieux:

Before proceeding further, it will be convenient to advert to some general considerations. In the argument addressed to us there is an underlying assumption that the interest of the people of this country in the independent and impartial administration of justice has its main security in sections 96, 97 and 99. Now, there were weighty reasons, no doubt, for those sections, and a strict observance of them as regards the judges of courts within their purview is essential to the due administration of justice. . . . it would be an extraordinary supposition that a great community like the province of Ontario is wanting, either in the will or in the capacity, to protect itself against misconduct by these officers whom it appoints for these duties; and any such suggestion would be baseless in fact and altogether fallacious as the foundation of a theory controlling the construction of the *B.N.A. Act*.

Whatever its purpose its presence has raised difficulties of application since Confederation, largely in the field of administrative law with which this case is not, in my view, concerned and in areas where no similar rights or obligations existed in the community at the time of Confederation. In speaking of the section generally, Sir Lyman Duff stated at p. 414 in the *Adoption Reference*:

My view of the effect of s. 96 as regards such courts existing at the date of Confederation (that is to say, outside the scope of that section) is this: the provinces became endowed with plenary authority under s. 92(14), but, a province is not empowered to usurp the authority vested exclusively in the Dominion in respect of the appointment of judges who, by the true intendment of the section, fall within the ambit of s. 96, or to enact legislation repugnant to that section; and it is too plain for discussion that a province is not competent to do that indirectly by altering the character of existing courts outside that section in such a manner as to bring them within the intendment of it while retaining control of the appointment of the judges presiding over such courts. That, in effect, would not be distinguishable from constituting a new court as, for example, a Superior Court, within the scope of section 96 and assuming power to appoint the judge of it. In principle, I do not think it is possible to support any stricter limitation upon the authority of the provinces, and I do not think what I am saying is in substance inconsistent with what was laid down by Lord Atkin speaking on behalf of the Judicial Committee in *Toronto v. York*.

[TRADUCTION] Avant de continuer, il convient de se reporter à quelques considérations d'ordre général. L'argument qui nous est soumis repose sur la présomption que le droit du peuple de ce pays à l'administration indépendante et impartiale de la justice est garanti principalement par les articles 96, 97 et 99. Ceci dit, ces articles ont sans doute un fondement sérieux et il est indispensable à la bonne administration de la justice qu'ils soient strictement appliqués aux juges des cours qu'ils visent . . . il serait extraordinaire de supposer qu'une grande collectivité comme la province d'Ontario n'ait ni la volonté ni la capacité de se protéger contre l'inconduite des personnes qu'elle nomme pour remplir ces fonctions; toute suggestion de ce genre ne saurait s'appuyer sur les faits et ne constituerait qu'un fondement entièrement fallacieux d'une théorie régissant l'interprétation de l'*A.A.N.B.*

d Quel que soit son objet, sa présence a, depuis la Confédération, soulevé des difficultés d'application surtout dans le domaine du droit administratif dont, à mon avis, il n'est nullement question en l'espèce, et dans des domaines où il n'existe aucun droit ni aucune obligation semblables à l'époque de la Confédération. Traitant de façon générale de cet article, sir Lyman Duff a déclaré, à la p. 414 du *Renvoi sur l'Adoption* ce qui suit:

f [TRADUCTION] Voici mon opinion quant à l'effet de l'art. 96 sur les cours déjà existantes à l'époque de la Confédération (c'est-à-dire, celles hors de la portée de cet article): le par. 92(14) a conféré plein pouvoir aux provinces, mais une province ne peut usurper le pouvoir dont est exclusivement investi le gouvernement fédéral de nommer des juges qui, suivant son sens véritable, relèvent de l'art. 96, ni adopter une loi incompatible avec cet article; et il va sans dire qu'une province ne peut faire cela indirectement en changeant la nature des cours déjà existantes et qui échappent à cet article de manière à en faire des cours au sens dudit article, tout en conservant le pouvoir de nommer les juges qui les président. Cela reviendrait en fait à constituer une nouvelle cour du type visé à l'art. 96, comme par exemple une cour supérieure, et à assumer le pouvoir d'en nommer le juge. En principe, je ne crois pas qu'il soit possible de préconiser une limitation plus stricte du pouvoir des provinces, et je ne crois pas non plus que mes propos soient foncièrement incompatibles avec ce qui a été dicté par lord Atkin, au nom du Comité judiciaire, dans l'arrêt *Toronto v. York*.

Since Confederation the principal dissertation in the significance and operation of s. 96 has been the judgment in this Court in the *Adoption Reference*. The Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, *per* Lord Simonds at p. 152, referred to earlier discussions of the section and added:

... and more particularly also upon *Re Adoption Act of Ontario*, in which will be found a judgment of Sir Lyman Duff, lately Chief Justice of Canada, so exhaustive and penetrating both in historical retrospect and in analysis of this topic, that their Lordships would respectfully adopt it as their own, so far as it is relevant to the present appeal.

See also Rand J. in *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, at p. 542.

In the *Adoption Reference* the Court was faced with a challenge under s. 96 of the Constitution of four pieces of Ontario legislation: *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, and *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, all of which were admittedly concerned with substantive law within the authority of the provincial legislature. Each piece of legislation purported to vest judicial officers of the County Court and provincially appointed judges, with functions set out in the respective statutes. By the terminology of the day, inherited from the United Kingdom, the courts in which provincially appointed judges sat were described as inferior courts and those described in s. 96 were referred to as superior courts. There was no issue raised that the province could not assign any powers under the four statutes to the superior courts. The only issue was the right of the province to assign such functions as described in each statute to judges of the inferior courts. In the case of each statute, this Court concluded that the functions were validly assigned to provincial judicial appointees and that s. 96 was not offended. We are concerned directly with the comments made concerning the meaning and application of s. 96 as well as the nature of the four provincial statutes

Depuis la Confédération, la décision rendue par cette Cour dans le *Renvoi sur l'adoption* constitue le principal exposé qui a été fait sur l'importance et l'effet de l'art. 96. Dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, le Conseil privé par l'intermédiaire de lord Simonds, à la p. 152, s'est référé à des études antérieures de l'article et il a ajouté:

[TRADUCTION] ... et, plus particulièrement, le *Renvoi sur The Adoption Act* de l'Ontario, où se trouvent des motifs de sir Lyman Duff, alors juge en chef du Canada, motifs qui présentent un historique et une analyse de ce sujet si complets et faisant preuve de tant de discernement que leurs Seigneuries les feraient respectueusement leurs, dans la mesure où ils sont pertinents en l'espèce.

Voir aussi le juge Rand dans l'arrêt *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, à la p. 542.

Dans le *Renvoi sur l'adoption*, la Cour a été saisie d'une contestation, fondée sur l'art. 96 de la Constitution, de quatre lois ontariennes, savoir: *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217, et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211, chacune de ces lois touchant sans conteste à un domaine du droit positif relevant de la législature provinciale. Chacune d'elles avait pour effet de confier certaines attributions aux juges de la cour de comté et aux juges nommés par la province. Selon la terminologie de l'époque, héritée du Royaume-Uni, les cours où siégeaient les juges nommés par la province étaient des cours inférieures et celles décrites à l'art. 96 étaient des cours supérieures. On n'a pas prétendu que la province ne pouvait pas attribuer aux cours supérieures les pouvoirs visés par les quatre lois en cause. Le litige portait uniquement sur le droit de la province d'assigner les fonctions décrites dans ces lois aux juges des cours inférieures. Dans chaque cas, cette Cour a conclu que l'attribution des fonctions à des juges nommés par la province était valide et qu'il n'y avait pas entorse à l'art. 96. Nous nous intéressons directement aux observations concernant la signification et l'application de l'art. 96 ainsi que la nature des quatre lois provinciales et les fonc-

and the functions to be performed thereunder in the inferior courts.

The approach of this Court in 1938 no doubt reflected the economic straits of the nation at that time, and more particularly the great burden being felt by the provinces and their municipalities in the provision of social services during and towards the close of the great depression. For example, it is stated at p. 403 of the report:

The statutes before us constitute a part of the legislative measures in Ontario directed to these various ends. It would be competent to the Province of Ontario to put in effect a Poor Law system modelled upon that which prevails in England to-day. The province has not seen fit to do that but in some important respects the statutes that we have to consider embody features of the Poor Law system.

The Adoption Act, supra, was a good example. The statute was not rooted in economic conditions, nor was its procedure limited to those who were charges or potential charges on the state. The court was authorized to issue an adoption order relating to an unmarried child under the age of 21 years. The Supreme Court of Ontario and judges of the Juvenile Court, when authorized by the Lieutenant Governor in Council, were nominated by the statute as the judges empowered to hear such applications and, when so minded, to issue the necessary adoption order. It is important to note the history and origin of adoption legislation for as we shall see this was a process entirely unknown to our law in 1867. The first Ontario *Adoption Act* was passed in 1921 (1921 (Ont.), c. 55); in the United Kingdom in 1926 (1926 (U.K.), c. 29); and in British Columbia in 1920 (1920 (B.C.), c. 2, S.B.C. 1920). Anglin J. had this in mind when he stated in *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243, at p. 243 (H.C.):

"The law of England, strictly speaking, knows nothing of adoption, and does not recognize any rights, claims or duties arising out of such a relation, except as arising out of an express or implied contract".

tions qui, en vertu de ces lois, devaient être remplies par les cours inférieures.

Le point de vue de cette Cour en 1938 traduisait indubitablement les difficultés économiques de la nation à l'époque, et plus particulièrement l'énorme fardeau qui pesait sur les provinces et les municipalités qui devaient assurer les services sociaux durant la grande dépression. Par exemple, à la p. 403 du recueil, il est déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Les lois que nous examinons font partie des mesures législatives ontariennes prises à ces différentes fins. La province de l'Ontario aurait compétence pour établir un corps de lois sur l'assistance publique calqué sur celui actuellement en vigueur en Angleterre. La province n'a pas cru bon de le faire, mais à certains égards importants, les lois que nous avons à examiner comportent des éléments du corps de lois sur l'assistance publique.

The Adoption Act, précitée, en est un bon exemple. Cette loi ne résultait pas de la situation économique, pas plus que sa procédure ne se limitait aux personnes à la charge de l'Etat ou susceptibles de l'être. La cour pouvait rendre une ordonnance d'adoption relative à un enfant célibataire de moins de 21 ans. Aux termes de la Loi, la Cour suprême de l'Ontario et les juges du tribunal de la jeunesse, lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil leur en donnait l'autorisation, avaient le pouvoir d'entendre ces demandes et, s'ils le jugeaient approprié, de rendre l'ordonnance d'adoption qui s'imposait. Il importe de relever l'historique et les origines de la législation en matière d'adoption car, comme nous allons le constater, la procédure d'adoption était tout à fait inconnue de notre droit en 1867. L'Ontario a promulgué sa première loi en matière d'adoption en 1921 (1921 (Ont.), chap. 55) le Royaume-Uni, en 1926 (1926 (R.-U.), chap. 29) et la Colombie-Britannique, en 1920 (1920 (C.-B.), chap. 2, S.B.C. 1920). C'est ce que le juge Anglin avait à l'esprit lorsqu'il a déclaré dans l'arrêt *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243, à la p. 243 (H.C.):

[TRADUCTION] «Le droit anglais, à strictement parler, ignore tout de l'adoption et il ne reconnaît aucune revendication ni aucun droit ou devoir fondés sur l'adoption, à moins qu'ils ne découlent d'un contrat exprès ou implicite.»

This is a quotation of the statement in Eversley on *Domestic Relations*, 3rd ed., p. 514. See to the same effect Riddell J. in *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384 (H.C.), at p. 386. Thus the statute of Ontario in 1937 introduced entirely new law. See, for example, s. 6 which makes provision for the change of status of the infant.

6.—(1) Upon an adoption order being made, the child shall, unless the adopting order otherwise provides, assume the surname of the adopting parent and all rights, duties, obligations and liabilities of the parent or parents, guardian or guardians of the adopted child, in relation to the future custody, maintenance and education of the adopted child, including all rights to appoint a guardian or to consent or give notice of dissent to marriage shall be extinguished, and all such rights, duties, obligations and liabilities shall vest in and be exercisable by and enforceable against the adopting parent as though the adopted child was a child born to the adopting parent in lawful wedlock, and in respect of the same matters and in respect of the liability of a child to maintain its parents the adopted child shall stand to the adopting parent in the position of a child born to the adopting parent in lawful wedlock; provided that, in any case where a husband and wife are the adopting parents, they shall in respect of the matters aforesaid and for the purpose of the jurisdiction of any court to make orders as to the custody and maintenance of and right of access to children stand to each other and to the adopted child in the same relation as they would have stood if they had been the lawful father and mother of the adopted child, and the adopted child shall stand to them respectively in the same relation as a child would have stood to a lawful father and mother respectively.

(originally enacted in the 1921 Act, *supra*)

For a discussion of the effect of these provisions in *The Adoption Act*, *supra*, see M. E. Hughes, "Adoption in Canada", in *Studies in Canadian Family Law*, Mendes da Costa (Toronto 1972), at p. 104. In his factum as counsel in the *Adoption* case, *supra*, J. C. McRuer, Q.C., later C.J.H.C. Ont., after reviewing the statute and the cases, concluded:

It is submitted, therefore, that the legislature of the Province of Ontario has by *The Adoption Act* created an

Il s'agit là d'une citation des propos d'Eversley dans l'ouvrage intitulé *Domestic Relations*, 3^e éd., à la p. 514. Le juge Riddell a abondé dans le même sens dans l'arrêt *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384 (H.C.), à la p. 386. Ainsi la loi ontarienne de 1937 a introduit un droit entièrement nouveau. Voir, par exemple, l'art. 6 qui prévoit le changement de l'état civil du mineur.

[TRADUCTION] 6.—(1) Lorsqu'une ordonnance d'adoption est rendue, l'enfant doit, sauf disposition contraire de l'ordonnance, prendre le nom de famille du parent adoptif, et tous les droits, devoirs, obligations et responsabilités des parents ou des tuteurs de l'enfant adopté en ce qui concerne la garde, l'entretien et l'éducation futurs de cet enfant, y compris tout droit de nommer un tuteur ou de consentir au mariage ou de donner avis du refus d'y consentir, seront éteints et échoiront au parent adoptif qui pourra exercer ces droits et être tenu de s'acquitter de ces devoirs, obligations et responsabilités comme si l'enfant adopté était issu du mariage légitime du parent adoptif; et à ces mêmes égards et en ce qui concerne l'obligation d'un enfant d'entretenir ses parents, l'enfant adopté sera considéré vis-à-vis du parent adoptif comme un enfant issu du mariage légitime du parent adoptif, pourvu que, lorsqu'un mari et sa femme sont les parents adoptifs, quant aux questions susmentionnées et aux fins de la compétence d'une cour de rendre des ordonnances visant la garde et l'entretien d'enfants et le droit de visite, ils soient l'un vis-à-vis de l'autre et vis-à-vis de l'enfant adopté dans la même situation que s'ils avaient été les parents légitimes de l'enfant adopté, et celui-ci est à leur égard dans la même situation que celle d'un enfant vis-à-vis de ses parents légitimes.

g

(disposition initialement adoptée dans la Loi de 1921, précitée)

h Pour une analyse de l'effet de ces dispositions de *The Adoption Act*, précitée, voir M. E. Hughes, «Adoption in Canada», dans *Studies in Canadian Family Law*, Mendes da Costa (Toronto 1972), à la p. 104. Dans le mémoire qu'il a présenté en sa qualité d'avocat dans le *Renvoi sur l'adoption*, précité, J.C. McRuer, c.r., qui est devenu par la suite juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario, après avoir passé en revue la loi et les arrêts, a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous soutenons donc que la législature de la province d'Ontario a, par *The Adoption Act*, créé

entirely new jurisdiction not formerly enjoyed by any superior, district or county court.

Duff C.J. at p. 418 in dealing with *The Adoption Act* then before the Court, stated:

Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass the *Adoption Act* appears to me too clear for discussion and I add nothing to that.

I deal with *The Adoption Act* in some detail because while it deals with a subject matter not within the context here, nevertheless the importance and consequences of the adoption process in the community generally and as regards the subject child particularly, are so great as to envelope the questions raised in guardianship and custody. Indeed these three relationships are but rungs on the ladder of family relationships, each with characteristics and consequences more far-reaching than the one below, the lowest rung being custody and access, the highest being adoption. The finding of authority in the province to assign the judicial function in a process, undoubtedly within the provincial legislature's competence, to the summary procedure courts established by the province must surely be of some constitutional aid in discovering the propriety of like action in relation to guardianship and custody.

Under *The Children's Protection Act, supra*, the courts were authorized upon the application of designated public authorities to bring a child before the court before a judge who may "make an order" committing the child to the care of the Children's Aid Society. Section 9 of that Act provided:

9. The superintendent of any infants' or children's home or other public institution having the custody of children may bring before the judge any child who is neglected or deserted by his parents, or who is an orphan requiring guardianship, and the judge may make an order committing the child to the care of a children's aid society under the provisions of this Act. [Emphasis added.]

un domaine de compétence entièrement nouveau qui ne relevait auparavant d'aucune cour supérieure, de district ou de comté.

a Traitant de *The Adoption Act* alors soumise à l'examen de la Cour, le juge en chef Duff a déclaré à la p. 418:

[TRADUCTION] Qu'il me soit permis de souligner en premier lieu que la compétence de la législature pour adopter *The Adoption Act* me paraît trop évidente pour être débattue et je n'ai rien d'autre à ajouter à ce sujet.

J'examine *The Adoption Act* de façon assez détaillée parce que, même si cette loi porte sur un sujet étranger au contexte en l'espèce, néanmoins l'importance et les conséquences de la procédure d'adoption pour la collectivité en général et pour l'enfant qui en fait l'objet en particulier sont telles qu'elles englobent les questions de la tutelle et de la garde. En fait, ce ne sont là que trois échelons des relations familiales, le plus bas étant la garde et le droit de visite, l'adoption le plus haut, chaque échelon supérieur comportant des caractéristiques et des conséquences plus importantes que celles de l'échelon précédent. Si l'on conclut que la province a le pouvoir d'attribuer à des cours de procédure sommaire qu'elle a établies la fonction judiciaire à l'égard d'une procédure relevant incontestablement de sa compétence, cela doit sûrement nous aider, sur le plan constitutionnel, à déterminer la légitimité d'une mesure similaire dans le domaine de la tutelle et de la garde.

g *The Children's Protection Act*, précitée, autorisait les cours, à la demande des autorités publiques désignées, à traduire un enfant devant un juge qui pouvait [TRADUCTION] «rendre une ordonnance» confiant l'enfant aux soins de la Société de protection de l'enfance. L'article 9 de cette loi se lisait comme suit:

i [TRADUCTION] 9. Le directeur d'un foyer pour mineurs ou enfants ou de tout autre établissement public ayant la garde d'enfants peut traduire devant le juge tout enfant négligé ou abandonné par ses parents, ou qui est un orphelin devant être soumis à la tutelle, et le juge peut rendre une ordonnance confiant l'enfant aux soins d'une société de protection de l'enfance conformément aux dispositions de la présente loi. [C'est moi qui souligne.]

Section 13 of the Act went on to provide that where a child has been so permanently committed, the children's aid society

... shall be the legal guardian of such child, until such child has attained the age of twenty-one years or is adopted under the provisions of *The Adoption Act*, or some other legal guardian is appointed....

The judge referred to in the statute may be a judge of the county or district court, or magistrate, or judge of the juvenile court "when such magistrate or judge of the juvenile court has been designated by the Lieutenant-Governor in Council a judge within the meaning of this Act"—(s. 1(f)). Duff C.J. referred to this Act at p. 421:

Having regard to the purpose of the Act and its machinery, it appears to me to be precisely the kind of legislation which might be described as the modern counterpart of the Poor Law legislation in those features of it which are concerned with the care of neglected children. With great respect, I am unable to perceive any ground upon which it can be validly affirmed that magistrates exercising jurisdiction under this statute are entering upon a sphere which, having regard to legal history, belongs to the Superior Courts rather than to courts of summary jurisdiction; or that in exercising the functions attributed to them by this legislation they come within any fair intendment of section 96.

The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, supra, provided for orders of maintenance by a court, where a wife has been deserted by her husband and it appears that he has deserted his wife "without having made adequate provision for her maintenance and the maintenance of his children residing with her . . ." and "the magistrate may order him to pay such weekly sum as may be deemed proper, having regard to all the circumstances . . ." (s. 1(1)). The same provision is made in s. 2 with reference to a father "who has deserted his child". In this statute there is no reference made to any charge on the community at large nor to any other provisions which would indicate that the statute was available only in the case of fathers and husbands who were economically unable to care for spouse or child or who might otherwise be in circumstances analogous to those of the Poor Laws of England.

L'article 13 de la Loi ajoutait que lorsqu'un enfant a été ainsi confié en permanence aux soins d'une société de protection de l'enfance, celle-ci

[TRADUCTION] ... est la tutrice de cet enfant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de vingt et un ans ou qu'il soit adopté conformément aux dispositions de *The Adoption Act*, ou qu'un autre tuteur soit nommé . . .

b Le juge dont il était question dans cette loi pouvait être un juge de la cour de district ou de comté, un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse [TRADUCTION] «lorsque ce magistrat ou ce juge du tribunal de la jeunesse a été désigné comme juge au sens de la présente loi par le lieutenant-gouverneur en conseil»—(al. 1f)). Le juge en chef Duff mentionne cette loi à la p. 421:

[TRADUCTION] Compte tenu de son objet et de ses mécanismes, la Loi me paraît, dans ses aspects qui portent sur le soin d'enfants négligés, constituer précisément ce genre de lois que l'on peut décrire comme le pendant moderne des lois sur l'assistance publique. Avec grands égard, je ne puis concevoir aucun motif valable à l'appui de l'affirmation que les magistrats exerçant compétence en vertu de cette loi touchent à un domaine qui, e compte tenu de l'histoire juridique, relève des cours supérieures plutôt que des cours de juridiction sommaire; ou qu'en exerçant les fonctions que cette loi leur attribue, ces magistrats tombent dans le champ d'application de l'art. 96.

f Selon *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, précitée, une cour pouvait rendre des ordonnances de pension alimentaire, lorsqu'une femme avait été abandonnée par son mari et qu'il semblait l'avoir fait [TRADUCTION]

g «sans avoir pourvu de façon adéquate à son entretien et à celui de ses enfants habitant avec elle . . .» et [TRADUCTION] «le magistrat peut lui ordonner de verser le montant hebdomadaire qu'il

h juge approprié, compte tenu de toutes les circonstances . . .» (par. 1(1)). La même disposition se retrouve à l'art. 2 concernant le père [TRADUCTION] «qui a abandonné son enfant». Cette loi ne mentionne aucune charge imposée à la collectivité

i en général ni aucune autre disposition indiquant que la loi ne s'appliquait que dans les cas de pères et de maris financièrement incapables de pourvoir aux besoins de leur épouse ou de leur enfant ou qui pouvaient de quelque autre manière se trouver dans des situations comparables à celles visées par les lois sur l'assistance publique d'Angleterre.

In the case of *The Children of Unmarried Parents Act*, *supra*, a judge of the county court or magistrate or judge of the juvenile court designated by the Lieutenant Governor in Council may make an order declaring a person to be the father of a child and requiring that person to pay maintenance as determined by the court, having regard to the circumstances of the case; and may, in the court's discretion, direct that the mother of the child born out of wedlock shall contribute to its maintenance. The statute establishes summary procedures for the enforcement of orders issued under the Act, including the collection of moneys directed to be paid for the maintenance of children. With reference to these two statutes Duff C.J., at pp. 418-19, stated:

As regards the *Children of Unmarried Parents Act* and the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, these statutes, broadly speaking, aim at declaring and enforcing the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children and these, self-evidently, are peculiarly matters for provincial authority. As regards the maintenance of illegitimate children and deserted wives and children, the public responsibility, as already mentioned, rests exclusively with the provinces and it is for the provincial legislatures, and for them alone, to say how the incidence of that responsibility shall be borne.

While the Court goes on to observe that these statutes are closely analogous to certain statutes forming part of the Poor Law system as it developed in England, the last two mentioned statutes do not find any basis in the economic status of the children or the parents, or even in the theory that the community is passing along its burden to the parents if it can do so. Rather, the province in its statutes has determined where the responsibility for support for spouses and children lies and has established a summary process for the provision of such support. Duff C.J. in fact concludes at p. 419, that:

a maintenance order against a delinquent husband at the instance of a deserted wife is to be treated as on the same footing as alimony.

After the four statutes referred to the Court had been classified for the purpose of applying s. 96 to

Quant à *The Children of Unmarried Parents Act*, précitée, un juge de la cour de comté, un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil pouvait rendre une ordonnance déclarative de paternité et, par cette même ordonnance, exiger que la personne qui en faisait l'objet paie la pension alimentaire fixée par la cour, compte tenu des circonstances en l'espèce; et il pouvait, à sa discrédition, ordonner que la mère d'un enfant né hors du mariage contribue à l'entretien de cet enfant. Des procédures sommaires, dont la perception de sommes à verser pour l'entretien d'enfants, étaient établies afin d'assurer le respect des ordonnances rendues en vertu de la Loi. Voici ce qu'affirme le juge en chef Duff relativement à ces deux lois, aux pp. 418 et 419:

[TRADUCTION] Quant à *The Children of Unmarried Parents Act* et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, ces lois visent, de façon générale, à déclarer et à faire respecter les obligations qu'ont les maris et les parents d'entretenir leur femme et leurs enfants et ces questions, il va de soi, relèvent spécialement de la province. En ce qui concerne l'entretien d'enfants naturels et de femmes et enfants abandonnés, la responsabilité publique, comme je l'ai déjà mentionné, relève exclusivement des provinces et il revient aux législatures provinciales, et à elles seulement, de dire comment cette responsabilité sera assumée.

Bien que la Cour souligne plus loin que ces lois sont très semblables à certaines lois faisant partie du corps de lois sur l'assistance publique élaborées en Angleterre, les deux dernières lois mentionnées ne se fondent aucunement sur la situation financière des enfants ou des parents, ni même sur la théorie selon laquelle la collectivité transmet le fardeau aux parents si elle le peut. La province a plutôt, dans ses lois, déterminé à qui incombe l'entretien de conjoints et d'enfants et elle a établi une procédure sommaire destinée à assurer cet entretien. En fait, le juge en chef Duff conclut, à la p. 419, ce qui suit:

[TRADUCTION] l'on doit traiter une ordonnance rendue à la demande d'une femme abandonnée contre un mari qui manque à ses obligations de la même façon qu'une pension alimentaire.

Après avoir classifié les quatre lois faisant l'objet du renvoi afin de pouvoir appliquer l'art. 96 et

determine the propriety of the assignment of the judicial administration of those statutes to courts presided over by provincially appointed judges, the Court proceeded to reach certain conclusions on the principles to be applied in making such a determination. It was settled (at p. 403) even before 1938 that the province is competent in those areas of family relations covered by the four Ontario statutes:

The responsibility of the state for the care of people in distress (including neglected children and deserted wives) and for the proper education and training of youth, rests upon the province; . . .

The province could have made provision for these community interests in the mould of the Poor Law system of the United Kingdom but was not limited to applying those ancient legislative solutions (at pp. 403-4):

The practical problem raised by this reference is whether or not it is competent to the province to invest the officers presiding over these special tribunals, as well as justices of the peace and police magistrates, with the powers of summary adjudication conferred upon them by the statute, or whether, on the other hand, as is contended by those who attack the legislation, they are disabled in some important respects by Section 96 of the *B.N.A. Act* from taking advantage of this convenient summary procedure which has proved so efficacious.

The starting point in the determination of the application of s. 96 as a restraint on the provincial freedom of action is expressed by Duff C. J. (at p. 404):

Now, it seems to be indisputable that sections 96 and 97 of the *British North America Act* contemplate the existence of provincial courts and judges other than those within the ambit of section 96.

The significance of courts of summary procedure in our system of judicial administration must be appreciated before the proper limits of s. 96 can be discerned. Duff C.J. put it this way (at p. 415):

But throughout the whole of this country magistrates daily exercise, especially in the towns and cities, judicial powers of the highest importance in relation more particularly to the criminal law, but in relation also to a vast body of law which is contained in provincial statutes and municipal by-laws. The jurisdiction exercised by these functionaries, speaking generally, touches the

ainsi déterminer la légitimité de l'attribution de l'administration judiciaire de ces lois à des cours présidées par des juges nommés par la province, la Cour a tiré certaines conclusions quant aux principes applicables à cette détermination. Il était reconnu (à la p. 403), même avant 1938, que la province a compétence sur les aspects des relations familiales visés par les quatre lois ontariennes:

b [TRADUCTION] Il incombe à la province de pourvoir aux besoins des gens dans la détresse (y compris les enfants négligés et les femmes abandonnées) et de veiller à la bonne éducation et formation de la jeunesse; . . .

c La province aurait pu répondre à ces besoins de la collectivité en s'inspirant des lois sur l'assistance publique du Royaume-Uni, mais elle n'était pas limitée à l'application de ces solutions législatives anciennes (aux pp. 403 et 404):

[TRADUCTION] Le problème pratique que soulève ce renvoi est de savoir si la province a compétence pour investir les personnes qui président ces tribunaux spéciaux, ainsi que les juges de paix et les magistrats de police, des pouvoirs de décision sommaire que leur confère la loi, ou si, par contre, comme le prétendent ceux qui contestent la loi, l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* les empêche à certains égards importants de mettre à profit cette procédure sommaire commode qui s'est montrée si efficace.

f Le juge en chef Duff énonce (à la p. 404) le point de départ de la détermination de l'application de l'art. 96 comme limite à la liberté d'action de la province:

g [TRADUCTION] Or, il paraît incontestable que les art. 96 et 97 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* envisagent l'existence de tribunaux et de juges provinciaux autres que ceux visés par l'art. 96.

h Il faut comprendre l'importance des cours de procédure sommaire dans notre système d'administration judiciaire avant de pouvoir dégager les limites appropriées de l'art. 96. Comme l'a dit le juge en chef Duff (à la p. 415):

[TRADUCTION] Mais partout dans ce pays, les magistrats exercent chaque jour, surtout dans les villes et cités, des pouvoirs judiciaires extrêmement importants, plus particulièrement dans le domaine du droit pénal, mais se rapportant aussi à une législation étendue contenue dans des lois provinciales et des règlements municipaux. La compétence qu'exercent ces magistrats, en

great mass of the people more intimately and more extensively than do the judgments of the Superior Courts;

After referring to the effect of s. 129 of the *British North America Act* on laws of the confederating colonies, and in particular those establishing the authority of magistrates and justices of the peace, His Lordship observed (at p. 413):

The *B.N.A. Act*, therefore, by its express terms provided for the continuance of courts possessing civil jurisdiction which were not within the scope of section 96 and concerning the powers of which the provinces had exclusive authority in virtue of section 92(14).

The provinces acquired plenary authority, not only to diminish the jurisdiction of such courts, but also to increase it, subject only to any qualification arising in virtue of s. 96.

That a province could not indirectly offend the section by so augmenting the jurisdiction of an inferior court so as to bring within its jurisdiction matters pertaining to the jurisdiction of a superior court while still retaining the power to appoint the judge, was likewise obvious.

That, in effect, would not be distinguishable from constituting a new court as, for example, a Superior Court, within the scope of section 96 and assuming power to appoint the judge of it. In principle, I do not think it is possible to support any stricter limitation upon the authority of the provinces, . . . [at p. 414].

The Court then made it abundantly clear that the determination of the reach of inferior court jurisdiction, having in mind s. 96, was in no way limited to an '1867 test'.

In effect, it was argued before us that provincial legislation is repugnant to section 96 if in any particular the jurisdiction of one of these courts of summary jurisdiction existing at the date of Confederation is increased. That, in my view, is quite inadmissible in principle as it is incompatible with practice and authority since Confederation with the exception of one or two decisions in very recent years which are put upon the authority of *Martineau's case* [at p. 415].

This line of reasoning lead naturally to the proposition basic to the judgment in the 1938 *Adoption Reference* (at p. 418):

général, touche la grande masse des gens de façon plus intime et plus profonde que les jugements des cours supérieures;

a Après avoir rappelé l'effet de l'art. 129 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sur les lois des colonies participant à la Confédération, et particulièrement sur celles établissant les pouvoirs des magistrats et des juges de paix, Sa Seigneurie a fait remarquer (à la p. 413) ce qui suit:

[TRADUCTION] Donc l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prévoit expressément la continuité de cours investies de compétence en matière civile qui ne sont pas visées par l'art. 96 et dont les pouvoirs relèvent exclusivement des provinces en vertu du par. 92(14).

Les provinces ont acquis plein pouvoir, non seulement de restreindre la compétence de ces cours, mais aussi de l'élargir, sous la seule réserve des restrictions découlant de l'art. 96.

d Il était tout aussi évident qu'une province, tout en conservant le pouvoir de nommer le juge d'une cour inférieure, ne pouvait contrevénir indirectement à l'article en élargissant ainsi la compétence de cette cour de façon qu'elle connaisse de questions ressortissant à une cour supérieure.

[TRADUCTION] Cela reviendrait en fait à constituer une nouvelle cour du type visé à l'art. 96, comme par exemple une cour supérieure, et à assumer le pouvoir d'en nommer le juge. En principe, je ne crois pas qu'il soit possible de préconiser une limitation plus stricte du pouvoir des provinces . . . [à la p. 414].

e La Cour a alors affirmé très clairement que pour déterminer l'étendue de la compétence d'une cour inférieure, compte tenu de l'art. 96, il ne fallait nullement se limiter au [TRADUCTION] «critère de la situation de 1867».

f *h* [TRADUCTION] En fait, on a fait valoir devant cette Cour qu'une loi provinciale devient incompatible avec l'article 96 si la compétence d'une de ces cours de juridiction sommaire existant à la date de la Confédération est de quelque façon élargie. Cet argument, à mon avis, est entièrement inacceptable en principe, car il va à l'encontre de la pratique et de la jurisprudence depuis la Confédération, à l'exception d'une ou deux décisions récentes fondées sur l'arrêt *Martineau* [à la p. 415].

j Ce raisonnement mène naturellement à la proposition fondamentale du *Renvoi sur l'adoption* de 1938 (à la p. 418).

Then, it should be observed that, if you have a provincial court outside the scope of s. 96 and the province enlarges its jurisdiction or its powers, but not in such a manner as to constitute a court of a class within the intendment of s. 96, I, as a judge, charged solely with the application of the law, have no further concern with what the legislature has done. It is no part of my function as a judge to consider whether, if the province should go on enlarging the jurisdiction and powers of the court, it might arrive at a point when the tribunal would cease to be one outside the ambit of s. 96. I have nothing to do with that.

It was argued at length before this Court that the jurisdiction of inferior courts, engaged as they are in what has been somewhat loosely referred to as summary process, are somehow confined to family relations in those circumstances where all or part of the family have become or might become a charge on the community; in short a 'poor law' ceiling on the operations of the provincially appointed judges which prevents their courts from entertaining those same proceedings when they concern that part of the community neither destitute nor likely to become a charge on the community. On this aspect the remarks of Duff C.J. (at pp. 419-20) are again relevant to this appeal:

The subject is envisaged by these statutes from a different point of view. It is dealt with from the point of view of the obligation of the community and of the husband to the community. That is to say, it recognizes, first, the obligation of the community to protect women and children afflicted by misfortune through the default of their natural protector in the discharge of his natural obligations and, as one means of securing that end, it imposes upon the defaulting father and husband the legal duty enforceable by summary proceedings to support his children and his wife. The statute places the obligation to care for the deserted wife and children on the shoulders of that member of the community whose duty it is to the community as well as to his family to bear the burden.

The duty of the parent being both private and public it can be enforced by the state or by the beneficiary of the statute (*Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601, at p. 628) and the forum may be the same, that is a court entertaining summary proceedings. But all of this is reduced to the clearest terms at the close of the judgment where

[TRADUCTION] Puis, il faudrait noter que, s'il y a une cour provinciale hors de la portée de l'art. 96 et que la province en élargit la compétence ou les pouvoirs, mais non de façon à constituer une cour du type visé à l'art. 96, moi, en ma qualité de juge, chargé uniquement d'appliquer la loi, je n'ai pas à me préoccuper davantage de ce qu'a fait la législature. Il ne m'appartient nullement en tant que juge d'examiner si, dans l'hypothèse où la province continuerait d'élargir la compétence et les pouvoirs de la cour, on arriverait éventuellement au point où il ne s'agirait plus d'une cour hors de la portée de l'art. 96. Cela ne me regarde pas.

On a fait valoir longuement devant cette Cour que la compétence des cours inférieures, celles-ci connaissant de procédures dites, quelque peu librement, sommaires, est en quelque sorte limitée aux relations familiales dans les cas où une famille, en totalité ou en partie, est à la charge de la collectivité ou risque de le devenir; il s'agit en somme d'une limite évocatrice des «lois sur l'assistance publique» imposée aux juges nommés par la province et empêchant les cours qu'ils président de connaître de ces mêmes procédures lorsque les personnes impliquées ne sont ni dans le dénuement ni susceptibles de devenir à la charge de la collectivité. Encore ici, les observations du juge en chef Duff (aux pp. 419 et 420) sont pertinentes:

[TRADUCTION] Ces lois abordent la question d'un point de vue différent, savoir celui de l'obligation de la collectivité et de celle du mari envers cette dernière. Autrement dit, elles reconnaissent d'abord l'obligation de la collectivité de protéger les femmes et les enfants qui sont dans l'infortune parce que leur protecteur naturel ne s'acquitte pas de ses obligations naturelles et, pour atteindre cet objectif, elles imposent notamment au père et mari fautif l'obligation légale, dont le respect peut être assuré par voie de procédures sommaires, d'entretenir ses enfants et sa femme. La loi fait reposer l'obligation de pourvoir aux besoins de la femme et des enfants abandonnés sur les épaules du membre de la collectivité qui a la responsabilité, tant envers cette dernière qu'envers sa famille, d'assumer ce fardeau.

L'obligation du parent étant d'ordre à la fois privé et public, l'Etat aussi bien que la personne protégée par la loi peuvent la faire respecter (*Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601, à la p. 628) et ils peuvent le faire devant le même tribunal, savoir une cour qui connaît de procédures sommaires. Mais tout cela est exprimé en termes très nets

it is stated (at pp. 420-21), with particular reference to *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* but following a lengthy discussion of all four statutes:

In *Clubine v. Clubine*, [[1937] O.R. 636] the Court of Appeal for Ontario, following the judgment of the Court of Appeal for Alberta in *Kazakewich v. Kazakewich*, [[1936] 3 W.W.R. 699], held that section 1 (1) of the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* is *ultra vires* on the ground that it is beyond the powers of a provincial legislature to invest a court of summary jurisdiction, such as a magistrate's court, with a jurisdiction theretofore exclusively exercised by a Superior Court of the province. I have given my reasons for thinking that the proposition in that sweeping form cannot be sustained and, with the greatest possible respect, I think, moreover, that the Court of Appeal for Ontario have not given due weight to the special character of the jurisdiction vested in the courts of summary jurisdiction under the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, or to the close analogy between that jurisdiction and the jurisdiction exercised for centuries by courts of summary jurisdiction in England and in Canada . . . the question one must ask oneself is this: does the jurisdiction conferred upon magistrates under these statutes broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96?

In answering the question the Court found it proper to look to the practice in England but there is no suggestion that this is the exclusive or conclusive recourse.

The essential test, therefore, to be drawn from the *Adoption Reference* judgment is to ask the question as to whether the jurisdiction conferred upon the inferior court under the statute in question broadly conforms to the type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by s. 96 courts. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd., supra*, the Privy Council was called upon to apply s. 96 to the statute establishing a labour relations board in a province. The orders of the Board at least had the appearance of those of a traditional court (in the case in question the order directed reinstatement of discharged employees) and all members of

à la fin de l'arrêt où il est déclaré (aux pp. 420 et 421), en se référant particulièrement à *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, mais après une longue étude des quatre lois, ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Clubine v. Clubine* [[1937] O.R. 636], la Cour d'appel de l'Ontario, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *Kazakewich v. Kazakewich* [[1936] 3 W.W.R. 699], a statué que le par. 1(1) de *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* est *ultra vires* parce qu'une législature provinciale n'a pas le pouvoir d'investir une cour de juridiction sommaire, comme une cour de magistrat, d'une compétence jusque-là exercée exclusivement par une cour supérieure de la province. J'ai exposé mes motifs de croire qu'une proposition aussi radicale est insoutenable et, avec les plus grands égards, j'estime de plus que la Cour d'appel de l'Ontario n'a accordé assez d'importance ni au caractère spécial de la compétence dont *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* investit les cours de juridiction sommaire, ni au rapport étroit qui existe entre cette compétence et celle exercée depuis des siècles par les cours de juridiction sommaire anglaises et canadiennes . . . il faut se poser la question suivante: la compétence attribuée aux magistrats en vertu de ces lois correspond-elle d'une manière générale à un type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96?

En répondant à cette question, la Cour a jugé qu'il convenait d'étudier la pratique en Angleterre, mais il n'est pas dit que cette façon de procéder soit la seule possible ou qu'elle soit concluante.

Donc, le critère essentiel qui se dégage du *Renvoi sur l'adoption* est de savoir si la compétence attribuée à la cour inférieure par la loi en cause correspond d'une manière générale au type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96. Dans l'affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, précitée, le Conseil privé a été appelé à appliquer l'art. 96 à la loi constitutive d'une commission des relations du travail dans une province. Les ordonnances de la Commission avaient au moins l'apparence de celles d'une cour au sens traditionnel (il s'agissait en l'espèce d'une ordonnance de réinté-

the Board were provincially appointed. Lord Simonds, after acknowledging the difficulty of determining "whether one court is 'analogous' to another", proceeded to a determination without making any such finding, that the Board was not a superior court. At p. 152, Lord Simonds stated:

They do not think it necessary to consider whether it is a jurisdiction more nearly analogous to that exercised at the time of confederation by justices of the peace—a matter to which much argument was directed—nor would they pursue the comparison with the jurisdiction of the Workmen's Compensation Board, which was also pressed on them by counsel. It is sufficient to say that it is not, in their opinion, analogous to that of a superior, district or county court.

Perhaps out of fear that the Privy Council might be misunderstood to have said that while they 'could not define a superior court, they would know one if they saw it', His Lordship went on to say (at p. 154):

But they would prefer to put the question in another way, which may be more helpful in the decisions of similar issues, namely, "Does the jurisdiction conferred by the Act on the appellant board broadly conform to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts?" In their view, for the reasons already stated, it does not do so. They do not think it necessary to say whether it conforms more nearly to any other jurisdiction existing in 1867.

The test so adopted by the Privy Council in *John East* is, from the viewpoint of a provincial legislature, more liberal than that of Duff C.J. in the *Adoption Reference*, for the residual allocation of non-superior court functions falls to the inferior tribunals and not vice versa. It was put this way by the learned author of *Constitutional Law of Canada*, 1977, P. W. Hogg, at p. 135:

It should be noticed that this is an even more liberal test than that employed by Duff C.J. in the *Adoption Reference*. To ask whether a lower court or tribunal is exercising a jurisdiction in broad conformity with that of courts of summary jurisdiction, as Duff C.J. did in that case, is to impose historical limits on inferior-court or tribunal jurisdiction by implying that wholly new kinds of jurisdiction must be exercised by higher courts. To turn the

gration d'employés congédiés) et tous les membres de la Commission étaient nommés par la province. Lord Simonds, après avoir reconnu la difficulté de déterminer [TRADUCTION] «si une cour est «assimilable» à une autre», a conclu, sans se prononcer sur cette question, que la Commission n'était pas une cour supérieure. A la p. 152, lord Simonds déclare ce qui suit:

b [TRADUCTION] Elles n'estiment pas nécessaire d'examiner si c'est une compétence qui s'apparente plus à celle qu'exerçaient les juges de paix à l'époque de la Confédération—une question longuement débattue—and elles ne font pas de comparaison avec la compétence de la Commission des accidents du travail, comme l'ont demandé les avocats. Il suffit de dire qu'à leur avis, elle n'est pas assimilable à la compétence d'une cour supérieure, de district ou de comté.

Craignant peut-être que l'on conclue à tort que le Conseil privé a dit que s'il ne pouvait définir une cour supérieure, il serait bien capable d'en reconnaître une, le cas échéant, Sa Seigneurie a ajouté (à la p. 154):

e [TRADUCTION] Mais elles préfèrent poser la question d'une autre façon, plus susceptible d'aider à trancher des questions de pareille nature, savoir, «La compétence que la Loi confère à la Commission appelante, correspond-elle d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté?» A leur avis, pour les motifs déjà exposés, ce n'est pas le cas. Elles n'estiment pas nécessaire de dire si elle correspond davantage à quelque autre compétence qui existait en 1867.

g Le critère ainsi adopté par le Conseil privé dans l'arrêt *John East* est, du point de vue d'une législation provinciale, plus libéral que celui du juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*, car les fonctions qui ne relèvent pas des cours supérieures reviennent aux cours inférieures et non le contraire. Voici ce qu'en dit P.W. Hogg, le savant auteur de *Constitutional Law of Canada*, 1977, à la p. 135:

i [TRADUCTION] Il convient de faire remarquer qu'il s'agit là d'un critère encore plus libéral que celui utilisé par le juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*. En se demandant, comme l'a fait le juge en chef Duff dans cet arrêt, si une cour ou un tribunal inférieur exerce une compétence qui correspond d'une manière générale à celle des cours de juridiction sommaire, on impose à la compétence des cours ou tribunaux infé-

question over, and ask, as Lord Simonds does, whether the lower court or tribunal exercises a jurisdiction in broad conformity with that of a superior, district or county court is to imply that new kinds of jurisdiction need not be exercised by the higher courts.

In a recent decision of this Court, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, Dickson J., at pp. 730-31, concluded that the *Adoption Reference* case represented a liberalization of the view held by the Privy Council in cases prior thereto and that the *John East* case, *supra*, represented a further shift in that viewpoint because:

The formulation of Duff C.J. froze the provincial jurisdiction to that of summary courts. Lord Simonds in *John East* suggested that it was not absolutely necessary to consider whether there was a true analogy between the impugned jurisdiction and the jurisdiction of summary courts; it would be sufficient, for constitutional purposes, to establish that the power or jurisdiction was not one traditionally falling within s. 96.

Thus we have seen a progressive relaxation of the judicial outlook on the proper application of s. 96 to the legislative programs of the provinces where summary procedure courts are accorded jurisdiction, sometimes exclusive, other times concurrently with superior courts.

A permissive view is, of course, more easily adopted when the constitutional scan is directed to an administrative tribunal operating under a statute which outlines the policy of the legislature and which leaves much of the implementation and application of that policy to a board appointed sometimes with a qualifying background related to the regulated field. But it has almost equal importance and value when the program outlined in the enabling statute lends itself to interpretation and application in the quick and relatively less expensive summary procedures of the so-called inferior tribunals. The rights and duties created by such statutes frequently are of a kind or are directed to

rières des limites historiques en laissant supposer que l'exercice de types de compétence entièrement nouveaux doit revenir aux cours supérieures. Si l'on pose la question différemment, en se demandant, comme le fait lord Simonds, si la cour ou le tribunal inférieur exerce une compétence qui correspond d'une manière générale à celle d'une cour supérieure, de district ou de comté, on laisse supposer que l'exercice de nouveaux types de compétence n'incombe pas forcément aux cours supérieures.

Dans un récent arrêt de cette Cour, *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson, aux pp. 730 et 731, a conclu que le *Renvoi sur l'adoption* représentait une libéralisation du point de vue exprimé par le Conseil privé dans des arrêts antérieurs et que l'arrêt *John East*, précité, allait encore plus loin dans ce sens pour le motif suivant:

d La formulation du juge en chef Duff figeait la compétence provinciale à celle des cours de juridiction sommaire. Dans l'arrêt *John East*, lord Simonds a estimé qu'il n'était pas absolument nécessaire de se demander s'il y avait une véritable analogie entre la compétence attaquée et la compétence des cours de juridiction sommaire; il suffirait, pour des fins constitutionnelles, d'établir que le pouvoir ou la compétence ne relèvent pas traditionnellement de l'art. 96.

f Nous constatons ainsi un assouplissement progressif de la façon dont les cours perçoivent la bonne application de l'art. 96 aux programmes législatifs des provinces dont certaines cours de procédure sommaire sont investies d'une compétence, parfois exclusive, parfois concurrente avec celle des cours supérieures.

Il est évidemment plus facile d'adopter un point de vue laxiste lorsque l'examen constitutionnel porte sur un tribunal administratif fonctionnant en vertu d'une loi qui énonce la politique du législateur et qui confie, dans une large mesure, l'application de cette politique à une commission dont les membres ont, dans certains cas, des connaissances pertinentes dans le domaine visé par la réglementation. Mais un tel point de vue a presque autant d'importance et de valeur lorsque le programme énoncé dans la loi habilitante se prête à une interprétation et une application dans le cadre des procédures sommaires rapides et relativement moins coûteuses des tribunaux dits inférieurs. Sou-

a sector of the community so as to be better and more expeditiously realized and interpreted by the less formal and less demanding procedures of the provincial court. It is not to denigrate the role of the superior court or its efficacy in the modern community. It is only to say that the highly refined techniques evolved over centuries for the determination of serious and frequently profound difficulties arising in the community are unnecessary for the disposition of much of the traffic directed to the magisterial courts by contemporary provincial legislation. That traffic can sometimes bear neither the cost nor the time which sometimes inevitably must be borne or devoted by the parties to causes in the courts of general jurisdiction (the descendants of the royal courts of justice) and the county courts.

Much has been said in this Court and in the Court of Appeal of a broad, general jurisdiction of the superior courts over custody and guardianship at the time of Confederation. As I understand it, the primary source of this asserted jurisdiction is the inherent jurisdiction of the Chancery Courts by virtue of *parens patriae*. The origins of the doctrine which are vague have been well summarized in *Story's Equity Jurisprudence*, 12th ed., 1877, at paragraph 1333.

Notwithstanding the objections thus urged against the legitimacy of the origin of the jurisdiction, it is highly probable that it has a just and rightful foundation in the prerogative of the Crown, flowing from its general power and duty as *parens patriae*, to protect those who have no other lawful protector.

It is worthwhile to note that Story saw the *parens patriae* jurisdiction as extending to those who had no other lawful protector, an indication that the jurisdiction had a more limited scope than that contended for it by the proponents of a broad, general jurisdiction. Its precise extent is illuminated somewhat by reference to *Simpson on Infants* (London: 1875) (at p. 114):

vent, soit en raison de la nature des droits et des obligations que créent ces lois, soit parce que ces droits et obligations s'adressent à une partie précise de la collectivité, l'application et l'interprétation desdites lois se fait mieux et de façon plus expéditive par le moyen des procédures moins formelles et moins exigeantes des cours provinciales. Je ne veux pas par là déprécier le rôle de la cour supérieure ni son efficacité dans la collectivité moderne. Je veux simplement dire que les techniques hautement raffinées, qui ont été élaborées au cours des siècles pour résoudre des difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité, ne sont pas nécessaires pour trancher bien des litiges dont les cours inférieures sont saisies en vertu de lois provinciales contemporaines. Dans certains cas, les litiges devant les cours de juridiction générale (qui tirent leur origine des cours de justice royales) et devant les cours de comté ne valent ni le temps ni l'argent que les parties doivent parfois inévitablement leur consacrer.

^e On a beaucoup parlé en cette Cour et en Cour d'appel d'une large compétence générale des cours supérieures en matière de garde et de tutelle, à l'époque de la Confédération. Si je comprends bien, la source principale de cette compétence serait la compétence de *parens patriae* inhérente aux cours de chancellerie. Les origines obscures de cette doctrine sont bien résumées dans *Story's Equity Jurisprudence*, 12^e éd., 1877, au paragraphe 1333, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Malgré les arguments ainsi opposés à la légitimité des origines de cette compétence, il est fort probable que son fondement valable et légitime soit la prérogative de la couronne, prérogative découlant de l'obligation et du pouvoir généraux de celle-ci en sa qualité de *parens patriae*, de protéger les personnes qui n'ont aucun autre protecteur légal.

ⁱ Il est utile de noter que, d'après Story, la compétence de *parens patriae* s'étend aux personnes qui n'ont aucun autre protecteur légal, ce qui indique que cette compétence a une portée plus limitée que celle que lui attribuent les tenants d'une compétence large et générale. Sa portée précise devient un peu plus claire si l'on se réfère à *Simpson on Infants* (London: 1875) (à la p. 114):

The Court of Chancery cannot control the father's common-law right, except as authorized by statute or on the grounds hereafter discussed; nor had it even the jurisdiction to let the mother have access to the child.

Among the grounds upon which the Chancery Courts had jurisdiction to interfere, Simpson outlined the following (at pp. 138-39):

The following have been held good grounds for interference: cruelty to the wife, for which the husband had been sent to Newgate, combined with general bad character; constant habits of drunkenness and blasphemy, poisoning the mind of the infant; cruelty to the children; the fact that the father was a man of very irregular habits, and had been in prison for debt; open habits of profligacy and adultery; similar habits, conjoined with the father's deliberately teaching the children to swear and use all kinds of low language; the fact that the father was a man of dissipated and worthless character, and had married a servant; if the father must be taken to have been guilty of an unnatural crime; or has criminally assaulted his daughter, *Swift v. Swift*.

The following have been held insufficient grounds for interference: occasional acts of what a third person might think to be cruelty, if such cruelty is really little more than harshness; or the fact that the father is a man of passionate temper, and has occasionally given way to acts of severity; or that his conduct is such that his wife cannot happily live with him, if it be not such as to corrupt the morals of the children; or that some time ago he was living a life of idleness, profligacy, and drunkenness; or his living in adultery after a judicial separation from his wife, where he was careful not to bring the children into any contact with the woman.

Reverting to Story's text, *supra*, that learned author at paragraph 1341 wrote that the jurisdiction of the Court of Chancery:

extends to the care of the person of the infant so far as is necessary for its protection and education, and as to the care of the property of the infant for its due management and preservation and proper application for his maintenance

and concludes:

... but it is only in cases of gross misconduct that paternal rights are interfered with.

[TRADUCTION] La Cour de chancellerie ne peut exercer aucun pouvoir sur le droit du père en *common law*, à moins qu'une loi ne l'autorise à le faire ou que ce ne soit pour les motifs exposés ci-après, et elle n'a même pas compétence pour permettre à la mère de rendre visite à l'enfant.

Parmi les motifs justifiant l'intervention des cours de chancellerie, Simpson expose les suivants (aux pp. 138 et 139):

[TRADUCTION] Voici ce qu'on a jugé être des motifs valables d'intervention: sévices sur la femme, pour lesquels le mari avait été envoyé à Newgate, assortis d'un caractère généralement mauvais; ivrognerie d'habitude et blasphèmes constants, corruption de l'esprit de l'enfant; sévices sur les enfants; habitudes très irrégulières du père et son emprisonnement pour dette; débauche et adultère notoires; habitudes de même nature jointes aux efforts volontaires du père d'apprendre aux enfants à jurer et à employer toute espèce de langage vulgaire; le caractère dissipé et sans valeur du père et le fait qu'il avait épousé une servante; s'il faut présumer que le père s'est rendu coupable d'un crime contre nature; ou s'il a violé sa fille, *Swift v. Swift*.

[TRADUCTION] On a jugé que les motifs suivants ne justifient pas l'intervention: des actes occasionnels qui, de l'avis d'un tiers, pourraient constituer des sévices, si ces sévices ne constituent en réalité rien de plus qu'un traitement dur; ou le tempérament passionné du père qui parfois se livre à des actes de sévérité; comportement tel que sa femme ne peut vivre heureuse avec lui, si ce comportement n'est pas de nature à corrompre les mœurs des enfants; ou le fait qu'il y a quelque temps il menait une vie d'oisiveté, de débauche et d'ivrognerie; ou qu'il vit dans l'adultère après une séparation de corps, lorsqu'il veille à ce que les enfants ne voient pas la femme.

Pour en revenir au texte de Story, précité, ce savant auteur écrit, au paragraphe 1341, que la compétence de la Cour de chancellerie:

[TRADUCTION] s'étend à la prise en charge du mineur, dans la mesure où cela est nécessaire pour la protection et l'éducation de ce dernier; et quant aux biens du mineur, sa compétence s'étend à leur saine gestion et conservation, et à leur application régulière à son entretien

et il conclut:

[TRADUCTION] ... mais ce n'est que dans des cas d'inconduite flagrante que l'on prive le père de ses droits.

Custody, as the term is employed today, did not find judicial expression until comparatively recently. Of course, courts always intervened to protect the child from injury or danger or extreme deprivation but the extent of this jurisdiction in the superior courts is revealed in the use of the writ of *habeas corpus* in earlier times:

It seems from the language of many judges, that infants will be protected by the court from personal violence, and that if a child be cruelly treated by his father, he will be taken from him upon *habeas corpus*.

But whether a child, being in the father's possession, will be taken from him, on account of his having exposed it to contact with improper persons, is extremely doubtful. Lord Eldon considered that a judge on *habeas corpus* attended to nothing but cruelty or personal ill usage to the child, as a ground for taking it from its father. [MacPherson on Infants, 1843: Philadelphia, at p. 116.]

Thus it can be seen from the above authorities that the scope of the inherent jurisdiction of superior courts at the time of Confederation, so far from being broad and general, was at best co-extensive with the jurisdiction which has been conceded to the summary process courts in relation to *The Children's Protection Act* in the *Adoption Reference* (see Duff C.J., at p. 421) and which was analogized by this Court to the jurisdiction of magistrates under the English Poor Laws.

Not only was the superior court jurisdiction not broad; neither was it exclusive.

The power to appoint a guardian was given to the Surrogate Court in Upper Canada in 1827 by 1827 (U.C.), c. 6, and was re-enacted in 1859 in an act entitled *An Act respecting the appointment of Guardians and the Custody of Infants*, C.S.U.C. 1859, c. 74, s. 1 of which provided in part:

The right of appointing guardians of infants (such infants not having a father living or any legal guardian authorized by law to take care of their persons and the charge of their estates), shall belong exclusively to the Surrogate Court for the County within which any such infants reside, . . .

Ce n'est que depuis peu que l'on retrouve dans le vocabulaire judiciaire le terme «garde» au sens moderne. Bien sûr, les cours sont toujours intervenues pour protéger un enfant contre les préjudices corporels, le danger ou la privation extrême, mais l'étendue de cette compétence des cours supérieures ressort de l'utilisation par le passé du bref d'*habeas corpus*:

[TRADUCTION] Il semble se dégager des propos d'un bon nombre de juges que les cours protégeront les mineurs contre les violences physiques, et que si un père exerce des sévices sur son enfant, ce dernier lui sera enlevé par voie d'*habeas corpus*.

Mais il est extrêmement douteux qu'on enlève à un père l'enfant dont il a la garde parce qu'il l'a exposé au contact de personnes inconvenantes. Lord Eldon a estimé que, sur une demande d'*habeas corpus*, les seuls motifs que le juge doit retenir pour enlever un enfant à son père sont les sévices ou les mauvais traitements. [MacPherson on Infants, 1843: Philadelphie, à la p. 116.]

Il ressort donc des passages précités que la portée de la compétence inhérente des cours supérieures à l'époque de la Confédération, loin d'être large et générale, était de même étendue que celle que le *Renvoi sur l'adoption* (voir le juge en chef Duff, à la p. 421) a reconnue aux cours de procédure sommaire relativement à *The Children's Protection Act* et que cette Cour a assimilée à la compétence dont sont investis les magistrats en vertu des lois anglaises sur l'assistance publique.

Non seulement la compétence des cours supérieures n'était pas large, elle n'était pas exclusive non plus.

Le pouvoir de nommer un tuteur dans le Haut-Canada a été accordé au tribunal des successions et des tutelles en 1827 dans 1827 (H.-C.), chap. 6, et il a été réitéré en 1859 dans une loi intitulée *An Act respecting the appointment of Guardians and the Custody of Infants*, C.S.U.C. 1859, chap. 74, dont l'art. 1 prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Le droit de nommer les tuteurs de mineurs (ces mineurs n'ayant pas de père vivant ni aucun tuteur légalement habilité à s'occuper de leur personne et de leurs biens) relève exclusivement du tribunal des successions et des tutelles du comté où résident ces enfants . . .

The *Surrogate Courts Act, 1858*, 1858 (U.C.), c. 93, provided in s. 63:

The right of appointing guardians shall belong exclusively to the Surrogate Court for the County within which such infants shall reside, . . .

As to the status of a surrogate court in these times, see *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637 (Sask. C.A.), wherein Lamont J.A., as he then was, stated at p. 642:

A perusal of the Act (R.S.U.C. 1859, ch. 16) satisfies me that they were not Superior Courts.

Similarly in the case of custody. In the *Act for the Relief of the Poor*, 1601 (Engl.), c. 2, authority was granted to two justices of the peace for granting to others the "apprenticeship" of children where the parents had not the means to maintain them. Reference could also be made to *The Industrial Schools Act, 1866*, 1866 (U.K.), c. 118. While these acts admittedly contemplated an exercise of jurisdiction by summary courts in different circumstances from those envisaged by the *Family Relations Act*, the circumstances are not dissimilar to those in which the inherent jurisdiction of the superior courts would be exercised at the time of Confederation.

I seek to draw nothing from this sketch of legal history with reference to guardianship and custody other than the fact that the proponents of the superior courts cannot demonstrate the historic existence of an exclusive jurisdiction in the field of guardianship or custody analogous to that proposed in the legislation now before this Court.

Against this background then we turn to the provisions of the *Family Relations Act, supra*, relating to guardianship and custody. They are respectively as follows:

25. (1) A guardian is both guardian of the person of the child and guardian of the estate of the child.

(2) Subject to this Act, a guardian of the estate of a child has all powers over the estate of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

L'article 63 de la *Surrogate Courts Act, 1858*, 1858 (H.-C.), chap. 93 prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] Le droit de nommer les tuteurs relève exclusivement du tribunal des successions et des tutelles a du comté où réside le mineur . . .

Quant au statut juridique d'un tribunal des successions et des tutelles à cette époque, voir l'arrêt *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637 (C.A. b Sask.), où le juge Lamont, alors juge puîné, a déclaré à la p. 642:

[TRADUCTION] La lecture de la Loi (C.S.U.C. 1859, chap. 16) me convainc qu'il ne s'agissait pas de cours supérieures.

Il en va de même pour la garde. L'*Act for the Relief of the Poor*, 1601 (Angleterre), chap. 2, habitait deux juges de paix à mettre en «apprentissage» chez d'autres personnes les enfants dont les parents n'avaient pas les moyens de les entretenir. On pourrait également se référer à *The Industrial Schools Act, 1866*, 1866 (R.-U.), chap. 118. S'il est vrai que ces lois prévoient l'exercice de compétence par des cours de juridiction sommaire dans des circonstances différentes de celles envisagées par la *Family Relations Act*, ces circonstances sont semblables à celles dans lesquelles les cours supérieures exerçaient leur compétence inhérente à l'époque de la Confédération.

Je ne veux tirer aucune conclusion de ce bref historique de la tutelle et de la garde, si ce n'est que les partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence historique d'aucune compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce.

i Avec tout cela à l'esprit, nous en venons aux dispositions de la *Family Relations Act*, précitée, relatives à la tutelle et à la garde. Elles se lisent respectivement comme suit:

[TRADUCTION] **25.** (1) Le tuteur est tuteur à la fois à la personne et aux biens de l'enfant.

j (2) Sous réserve de la présente loi, le tuteur aux biens d'un enfant détient tous les pouvoirs sur les biens de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

(3) Subject to this Act, a guardian of the person of a child has all powers over the person of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

35.(1) On application a court may order that one or more persons may exercise custody over a child or have access to the child.

(2) An order for access may be made whether or not a custody order is made.

(3) Where a person has not received notice of a proceeding or has not been given opportunity to be heard in the proceeding, custody shall not be granted to that person.

(4) An order for custody or access may include terms and conditions the court considers necessary and reasonable in the best interests of the child.

By sections 25 and 35 the "court" is authorized to appoint guardians and to make custody and access orders, respectively.

There is of course no contest as to the constitutionality of these provisions. The jurisdictional provisions in the statute are:

Supreme Court jurisdiction

5. (1) The Supreme Court continues, subject to the *Divorce Act* (Canada), to have jurisdiction in all matters concerning the custody of, access to and guardianship of children, dissolution of marriage, nullity of marriage, judicial separation, alimony and maintenance.

(2) The Supreme Court has jurisdiction in all matters under this Act.

(3) Nothing in this Act shall be construed as limiting or restricting the inherent jurisdiction of the Supreme Court to act in a *parens patriae* capacity respecting a child before the court.

Provincial Court jurisdiction

6. (1) The Provincial Court has jurisdiction in all matters under this Act, except Part 3, respecting

- (a) guardianship of the person of a child;
- (b) custody of or access to a child;

(3) Sous réserve de la présente loi, le tuteur à la personne d'un enfant détient tous les pouvoirs sur la personne de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédaient en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

35. (1) Une cour peut, sur demande, ordonner qu'une seule ou plusieurs personnes aient la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite.

(2) Le droit de visite peut être accordé par voie d'ordonnance même s'il n'y a pas eu ordonnance de garde.

(3) La garde ne sera pas accordée à une personne à qui n'a pas été signifiée la procédure ou qui n'a pas eu la possibilité de se faire entendre.

(4) L'ordonnance de garde ou le droit de visite peuvent être assortis des modalités que la cour estime nécessaires et raisonnables pour le plus grand avantage de l'enfant.

Les articles 25 et 35 autorisent respectivement la «cour» à nommer des tuteurs et à rendre des ordonnances en matière de garde et de droit de visite.

Il va de soi que la constitutionnalité de ces dispositions n'est nullement contestée. Voici les dispositions attributives de compétence de la loi:

Compétence de la Cour suprême

[TRADUCTION] **5. (1)** Sous réserve de la *Loi sur le divorce* (Canada), la Cour suprême continue d'avoir compétence sur toutes les questions relatives à la garde d'enfants, au droit de leur rendre visite et à leur tutelle, à la dissolution du mariage, à la nullité du mariage, à la séparation de corps et à la pension alimentaire.

(2) La Cour suprême a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi.

(3) Rien dans la présente loi ne doit être interprété comme limitant ou restreignant la compétence inhérente de la Cour suprême d'agir à titre de *parens patriae* relativement à un enfant devant la cour.

Compétence de la Cour provinciale

[TRADUCTION] **6. (1)** La Cour provinciale a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi, à l'exception de la Partie 3, concernant

- a) la tutelle à la personne d'un enfant;
- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;

- (c) maintenance, including the enforcement of maintenance orders;
- (d) occupancy of the family residence and the use of its contents; and
- (e) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

(2) Nothing in this Act gives the Provincial Court the inherent jurisdiction described in section 5 (3).

By section 1 “‘court’ means the Provincial Court exercising the jurisdiction referred to in section 6, or the Supreme Court”.

In the result, therefore, the statute creates a concurrent jurisdiction in respect of guardianship and custody.

Provincial Court process is extended to those who will avail themselves of it while s. 5 of the Act preserves the option in parties of referring such matters to the superior court, should the parties prefer that vehicle. Furthermore s. 5(3) provides that nothing in the Act shall limit or restrict the inherent *parens patriae* jurisdiction of the Supreme Court.

The history of constitutional development in our courts has been a gradually increasing recognition of the constitutional capacity of the provinces to institute programs within their constitutional spheres which entail the establishment of administrative tribunals or which utilize the facilities of the provincially organized and appointed courts. This development could not be considered surprising bearing in mind the vast transformation of the Canadian community in every respect since 1867. The role of government at large has increased in the community, and the financial resources available to the government at both levels have made possible the implementation of social programs never contemplated by the draftsmen of the *British North America Act*. To meet the growing responsibilities of the federal and provincial governments the flexibility of the Constitution has been manifest in many areas. Section 96 is perhaps one of the most important illustrations. Its purpose and role in the Constitution is in no way jeopardized by the increasing recognition of the implementation of valid provincial programs through

- c) l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire;
- d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et
- e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

(2) Rien dans la présente loi ne confère à la Cour provinciale la compétence inhérente décrite au paragraphe 5(3).

Aux termes de l'art. 1, [TRADUCTION] «cour» s'entend de la Cour suprême ou de la Cour provinciale qui exerce la compétence visée à l'article 6.

En définitive, la loi crée donc une compétence concurrente en matière de tutelle et de garde.

Les personnes qui veulent s'en prévaloir ont accès aux procédures de la Cour provinciale, mais l'art. 5 de la Loi préserve le choix qu'ont les parties, si elles le jugent préférable, de saisir une cour supérieure de ces questions. De plus, aux termes du par. 5(3), rien dans la Loi ne doit limiter ou restreindre la compétence de *parens patriae* inhérente à la Cour suprême.

Sur le plan constitutionnel, l'évolution historique de nos cours tend vers une reconnaissance graduelle du pouvoir constitutionnel des provinces d'instituer, en respectant le cadre que leur impose la Constitution, des programmes qui comportent l'établissement de tribunaux administratifs ou qui font appel aux services des cours constituées par la province et dont les membres sont nommés par cette dernière. Cette évolution n'est guère surprenante vu la transformation radicale de la collectivité canadienne à tous les égards depuis 1867. Le gouvernement en général joue un rôle plus important au sein de la collectivité et les ressources financières dont disposent les deux ordres de gouvernement ont rendu possible la mise en œuvre de programmes sociaux que les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'ont jamais envisagés. La souplesse de la Constitution qui permet aux gouvernements fédéral et provinciaux d'assumer leurs responsabilités accrues se manifeste dans un bon nombre de domaines. L'article 96 en est peut-être l'un des exemples les plus importants. La reconnaissance accrue accordée à

provincial administrative and judicial agencies. This will continue to be the case so long as that which is assigned to the provincial body does not have the effect in substance of conferring on that body a judicial function which "broadly conform[s] to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts" (*John East, supra*, at p. 154). In the field of family relations we have seen the adoption processes administered through the summary procedure courts. The consequences of adoption in the life of the child and in his former and new family are of the utmost significance. Indeed, any other mechanisms for change of status are of much lesser significance. In light of the assignment of adoption to inferior courts, it is natural to find as illustrated above a practice in legal history of acceding powers to the summary tribunals in related but less significant fields in family relations such as guardianship and custody. Indeed, in essence, guardianship and custody are subsumed by adoption in the classification of family relations. It is therefore not surprising to find an increasing legislative practice of assigning the resolution of problems in these areas to the expeditious and highly accessible summary procedures in the provincially organized and appointed courts.

The question as submitted by the Lieutenant Governor in Council under the British Columbia *Constitutional Questions Determination Act* was:

Are paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, as amended, or any of them, *ultra vires* the Legislature of the Province of British Columbia?

For the reasons given above I would answer the question so framed with reference to s. 6(1) sub-paras. (a) and (b) in the negative.

la mise en œuvre de programmes provinciaux valides par le biais d'organismes administratifs et judiciaires provinciaux ne compromet nullement l'objet ni le rôle de cet article dans la Constitution.

a Il en sera ainsi tant que l'attribution de compétence à l'organisme provincial n'aura pas essentiellement pour effet de conférer à cet organisme une fonction judiciaire qui «correspond ... d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté» (arrêt *John East*, précité, à la p. 154). Au chapitre des relations familiales, nous avons constaté que les procédures d'adoption sont administrées par les cours de procédure sommaire. L'adoption a des conséquences de la plus grande importance sur la vie de l'enfant et sur celle de son ancienne et de sa nouvelle famille. En vérité, tous les autres mécanismes de changement d'état civil sont beaucoup moins importants. Etant donné l'attribution de compétence en matière d'adoption aux cours inférieures, il est naturel de découvrir dans l'histoire juridique, comme je l'ai déjà illustré, une pratique qui consiste à accorder aux tribunaux de juridiction sommaire des pouvoirs dans des sphères connexes mais moins importantes des relations familiales telles que la tutelle et la garde. En fait, dans la classification des relations familiales, la tutelle et la garde sont à toutes fins utiles subsumées sous l'adoption. Il n'est donc pas surprenant de constater une pratique législative de plus en plus répandue qui consiste à confier la résolution de problèmes dans ces domaines aux cours constituées par les provinces, dont les membres sont nommés par ces dernières et dont les procédures sont à la fois expéditives et très accessibles.

b La question soumise par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la *Constitutional Questions Determination Act* de la Colombie-Britannique est la suivante:

[TRADUCTION] Les alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique?

j Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question ainsi formulée en ce qui concerne les al. 6(1)a) et b).

The question as framed in this Court by the Chief Justice was:

Is it within the legislative authority of the Province of British Columbia to confer jurisdiction on the Provincial Court (the Judges of which are not appointed by the Governor General) respecting the matters set out in Paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the "Family Relations Act", Statutes of British Columbia 1978, Chapter 20, as amended, (now Revised Statutes of British Columbia 1979, Chapter 121) namely:

- (a) guardianship of the person of the child;
- (b) custody of or access to a child;
- (c) occupancy of the family residence and the use of its contents; and
- (d) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

I would answer the question when so framed in the affirmative with reference to s. 6(1) subparas. (a) and (b).

Appeal allowed in part, LASKIN C.J. and RITCHIE J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitor appointed by the Court to represent argument opposed to the validity of the legislation: Donald S. Moir, Vancouver.

La question formulée par le Juge en chef en cette Cour est la suivante:

La province de la Colombie-Britannique a-t-elle le pouvoir législatif d'attribuer à la Cour provinciale (dont les juges ne sont pas nommés par le Gouverneur général) compétence sur les matières énumérées aux alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la «Family Relations Act», S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 121), b) savoir:

- a) la tutelle à la personne d'un enfant;
- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;
- c) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et
- d) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

Je suis d'avis de répondre affirmativement à la question ainsi formulée en ce qui concerne les alinéas 6(1)a) et b).

Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef LASKIN et le juge RITCHIE étant dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur nommé par la Cour pour plaider la non-validité de la loi: Donald S. Moir, Vancouver.