

**Josephine Teresa Zacks Appellant;**  
and  
**Louis Zacks Respondent.**

1973: January 24, 25; 1973: May 7.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Divorce—Maintenance—Decree nisi granted—Entitlement to maintenance—Reference to Registrar as to quantum—Whether order fixing amount of maintenance must be made contemporaneously with granting of decree—Meaning of “Upon”—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.*

*Constitutional law—Marriage and divorce—Corollary relief provisions of Divorce Act—Whether ultra vires—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 10, 11, 12—B.N.A. Act, 1867, ss. 91(26), 92(13).*

*Constitutional law—Rules of Supreme Court of British Columbia—Amendment pursuant to Order in Council so as to include O. LXA, r. 32(3)—Rule providing Judge may direct reference to Registrar on application for corollary relief—Whether Order in Council ultra vires as constituting unlawful delegation to person not a judge contemplated by s. 96 of the B.N.A. Act, 1867.*

The respondent's petition for divorce and a counter-petition by the appellant were heard by Gould J. on May 13, 1971. On that date he granted a decree nisi for divorce, which was signed by the Registrar on May 28, 1971. He further ordered that the wife and infant child of the marriage were entitled to maintenance and he referred the question of quantum to the Registrar for his recommendation.

A hearing was conducted by the Registrar on July 14 and 15, 1971. The matter was not then completed and by notice, dated September 30, 1971, he fixed October 21, 1971, as the date for continuance of the hearing. Prior to the resumption of the investigation the respondent, on August 16, 1971, applied for and obtained a decree absolute.

**Josephine Teresa Zacks Appelante;**  
et  
**Louis Zacks Intimé.**

1973: les 24 et 25 janvier; 1973: le 7 mai.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Divorce—Entretien—Jugement conditionnel—Droit à l'entretien—Renvoi de la question du montant au registraire—L'ordonnante fixant le montant de l'entretien doit-elle être prononcée en même temps que le jugement conditionnel—Signification du mot «Upon»—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11.*

*Droit constitutionnel—Mariage et divorce—Dispositions visant les mesures accessoires de la Loi sur le divorce—Sont-elles ultra vires—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 10, 11, 12—L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91 (26), 92 (13).*

*Droit constitutionnel—Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Modifications par ordre en conseil de manière à inclure l'ordonnance LXA, Règle 32, par. (3)—Règle prévoit que le Juge peut ordonner un renvoi devant le registraire sur demande en vue d'obtenir des mesures accessoires—L'ordre en conseil est-il ultra vires parce qu'il s'agirait d'une délégation illégale à une personne qui n'est pas un juge visé par l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867.*

La requête en divorce de l'intimé et la requête opposée de l'appelante ont été instruites par le Juge Gould le 13 mai 1971. Ce jour-là, il a prononcé un jugement conditionnel de divorce qui a été signé par le registraire le 28 mai 1971. Il a en outre décidé et ordonné que l'épouse et l'enfant né du mariage avaient droit à l'entretien et a renvoyé la question du montant au registraire pour que celui-ci fasse sa recommandation.

Le registraire a mené une audition les 14 et 15 juillet 1971, au cours de laquelle la question n'a pas été entièrement réglée, et, par un avis daté du 30 septembre 1971, il a fixé au 21 octobre 1971 la date de la poursuite de l'audition. Avant la reprise de l'enquête, l'intimé, le 16 août 1971, a demandé et obtenu un jugement irrévocable.

By notice, dated October 13, 1971, the respondent applied for an order to stay the proceedings before the Registrar. This motion was dismissed on October 18, 1971.

The hearing before the Registrar continued. On November 21 he made an interim recommendation that the respondent pay to the appellant the sum of \$1,500. On January 1, 1972, the respondent, who, until then, had been making interim maintenance payments of \$700 per month, ceased to make such payments.

The proceedings before the Registrar continued on January 17 and 18, 1972. On the latter date he made an interim recommendation for payment of the amount of \$500 by the respondent to the appellant. The hearing continued on February 9, 1972, when a further interim recommendation for payment of \$2,000 was made.

On February 14, 1972, the appellant applied for an order requiring the respondent to pay to her the various amounts previously recommended by the Registrar and to make other payments by way of maintenance until the Registrar's investigation was completed. The respondent applied, at the same time, for an order declaring that the Registrar was without jurisdiction. The appellant's application was granted and that of the respondent dismissed. An appeal by the respondent to the Court of Appeal was granted on the ground that there was no jurisdiction to make an order for maintenance after the granting of the decree nisi.

Leave to appeal to this Court was granted to the appellant and it was subsequently directed that notice be given of two constitutional questions in the appeal: (1) Was the Supreme Court of British Columbia without power to order maintenance pursuant to ss. 10, 11 and 12 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, for the reason that the said sections were *ultra vires* of the Parliament of Canada? (2) Was Order in Council 1811, pursuant to which the Rules of the Supreme Court of British Columbia were amended so as to include O. LXA, r. 32(3), *ultra vires* of the Lieutenant-Governor in Council because it unlawfully delegated powers to a person not a judge contemplated by s. 96 of the *B.N.A. Act, 1867*?

*Held:* The appeal should be allowed.

Par un avis du 13 octobre 1971, l'intimé a demandé une ordonnance en vue de suspendre les procédures devant le registraire. Cette requête a été rejetée le 18 octobre 1971.

L'audition devant le registraire s'est poursuivi. Le 21 novembre, celui-ci a fait une recommandation provisoire que l'intimé verse à l'appelante la somme de \$1,500. Le premier janvier 1972, l'intimé, qui jusqu'alors avait fait des versements mensuels d'allocation provisoire de \$700, cessa d'effectuer ces versements.

Les procédures devant le registraire se sont poursuivies les 17 et 18 janvier 1972. A cette dernière date, celui-ci a fait une recommandation provisoire en vue du versement à l'appelante par l'intimé d'une somme de \$500. L'audition s'est poursuivie le 9 février 1972, date à laquelle le registraire a fait une autre recommandation provisoire en vue du versement d'une somme de \$2,000.

Le 14 février 1972, l'appelante demanda une ordonnance obligeant l'intimé à lui payer les diverses sommes que le registraire avait précédemment recommandées, et à effectuer d'autres paiements d'entretien jusqu'à ce que l'enquête du registraire soit terminée. L'intimé a, à la même époque, fait une demande en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que le registraire n'avait pas compétence. La requête de l'appelante a été accordée et celle de l'intimé, rejetée. L'appel interjeté par l'intimé à la Cour d'appel a été accueilli pour le motif que le tribunal n'avait aucune compétence pour rendre une ordonnance provisoire d'entretien après le prononcé du jugement conditionnel.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée à l'appelante, et il a été ordonné subséquemment qu'avis de deux questions constitutionnelles soit donné: (1) La Cour suprême de la Colombie-Britannique est-elle impuissante à ordonner des paiements d'entretien en vertu des articles 10, 11 et 12 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, pour le motif que lesdits articles iraient au-delà de la compétence du Parlement du Canada? (2) Le décret du conseil n° 1811, en conformité duquel les règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ont été modifiées de manière à inclure l'ordonnance LXA, règle 32, par. (3), était-il au-delà de la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil parce qu'il léguait illégalement des pouvoirs à une personne qui n'était pas un juge visé par l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*?

*Arrêt:* L'appel doit être accueilli.

The constitutional questions should be answered in the negative.

As held in *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205, the power to grant an order for maintenance under s. 11 of the *Divorce Act* is necessarily ancillary to jurisdiction in divorce and the Parliament of Canada was therefore acting within the legislative competency conferred upon it by the *B.N.A. Act*, 1867, s. 91(26), in legislating to this end. This principle applies equally to the matters of custody, care and upbringing of children of the marriage, under s. 11(1)(c), to the provisions of s. 10, dealing with interim orders, and to those of s. 12, which authorize the ordering of payments directed under s. 10 or s. 11, to be made to a trustee or administrator, and the imposition of terms, conditions and restrictions in an order made under either of those sections. *Whyte v. Whyte* (1969), 69 W.W.R. 536; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *Heikel v. Heikel* (1970), 73 W.W.R. 84, followed; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601, referred to.

Order LXA, r. 32(3) provides that "A Judge may deal with an application [for corollary or other relief by way of maintenance or for the care and custody of children] summarily or may direct a reference to the Registrar." The powers of the Registrar upon a reference directed pursuant to this Rule are not powers of adjudication. A power to inquire and report, as distinguished from a power to adjudicate, does not offend against s. 96 of the *B.N.A. Act*, 1867. *Attorney-General for Ontario and Display Service Co. Ltd. v. Victoria Medical Building Ltd. et al.*, [1960] S.C.R. 32, applied.

The meaning of the word "Upon", as used in s. 11(1) of the *Divorce Act*, must be determined in the light of the fact that legislation by Parliament in relation to alimony, maintenance and the custody of children would only be within its powers if associated with and as a part of legislation in relation to the subject-matter of divorce. When it was provided that the court could deal with those matters "Upon granting a decree *nisi* of divorce" it was meant that it was only when a divorce was granted that the court acquired the necessary jurisdiction to deal with those subjects. The words did not mean that those subjects

On doit répondre négativement aux questions constitutionnelles.

Comme il a été décidé dans *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205, le pouvoir de rendre une ordonnance visant l'entretien sous le régime de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* est nécessairement accessoire à la compétence en matière de divorce et le Parlement du Canada a donc agi conformément à la compétence législative que lui a conférée l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, art. 91 (26), en légiférant en ce sens. Ce principe s'applique également en matières de garde, d'administration et d'éducation des enfants du mariage, sous le régime de l'art. 11 (1), al. (c), aux dispositions de l'art. 10, ayant trait aux ordonnances provisoires, et à celles de l'art. 12, qui permettent à un tribunal d'ordonner le versement de paiements prescrits en vertu de l'art. 10 ou de l'art. 11 à un «*trustee*» ou administrateur et d'imposer des modalités ou restrictions dans une ordonnance rendue en vertu de l'un ou de l'autre de ces articles. Arrêts suivis: *Whyte v. Whyte* (1969), 69 W.W.R. 536; *Papp v. Papp* [1970] 1 O.R. 331; *Heikel v. Heikel* (1970), 73 W.W.R. 84. Arrêts mentionnés: *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601.

L'ordonnance LXA, règle 32, par. (3) prévoit qu'un juge peut décider sommairement une demande [en vue d'obtenir des mesures accessoires ou autres à des fins d'entretien ou en vue de l'administration et de la garde des enfants] ou ordonner un renvoi devant le registraire. Les pouvoirs qu'un registraire possède dans le cas d'un renvoi ordonné en vertu de cette Règle ne sont pas des pouvoirs de statuer ou adjuger. Un pouvoir de faire enquête et rapport, qui se distingue d'un pouvoir de statuer ou adjuger, ne viole pas l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Arrêt suivi: *Attorney-General for Ontario et Display Service Co. Ltd. c. Victoria Medical Building Ltd. et al.*, [1960] R.C.S. 32.

La signification du mot "Upon", tel qu'il est utilisé à l'art. 11, par (1) de la *Loi sur le divorce*, doit être déterminée en se basant sur le fait que la législation du Parlement concernant la pension alimentaire, l'entretien et la garde des enfants ne peut être du ressort du Parlement que si elle est liée à la législation concernant le divorce et en fait partie. Lorsqu'on a prévu que le tribunal pouvait statuer sur ces matières "en (upon) prononçant un jugement conditionnel de divorce", on voulait dire que ce n'est que quand un divorce est prononcé que le tribunal acquiert la compétence nécessaire pour statuer sur elles. Ces

could only be dealt with at exactly the same time that the decree *nisi* for divorce was granted.

Accordingly, Gould J. acted within his jurisdiction in making the order which he did, and the Court was properly entitled, upon receipt of the recommendation of the Registrar, to fix the proper amount of the maintenance which Gould J. had already decided that the appellant and the infant child were entitled to receive.

*Daudrich v. Daudrich*, [1972] 2 W.W.R. 157; *Radke v. Radke*, [1971] 5 W.W.R. 113; *Suriano v. Suriano*, [1972] 1 O.R. 125, distinguished; *Whyte v. Whyte, supra*; *R. v. Arkwright* (1848), 12 Q.B. 960; *R. v. Humphery* (1839), 10 Ad. & El. 335; *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia<sup>1</sup>, allowing an appeal from a judgment of McKay J. Appeal allowed.

*W. P. Lightbody* and *D. P. Baron*, for the appellant.

*Neil M. Fleishman* and *J. Francois Lemieux*, for the respondent.

*C. R. O. Munro, Q.C.*, and *H. L. Molot*, for the Attorney General of Canada.

*D. W. Mundell, Q.C.*, for the Attorney-General of Ontario.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, and *J. L. Davidson*, for the Attorney-General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant and the respondent were married on May 1, 1959. There is one child of the marriage, a daughter, born on March 3, 1963. By a petition dated July 29, 1970, the respondent sought dissolution of the marriage. The appellant filed an answer and counter-petition on September 11, 1970, claiming, among other things, interim and permanent maintenance for herself and the daughter, who was living with her in California.

<sup>1</sup> [1972] 5 W.W.R. 589, 29 D.L.R. (3d) 99.

mots ne veulent pas dire que l'on ne peut statuer sur ces matières qu'au moment même, exactement, où est prononcé le jugement conditionnel.

Il s'ensuit que le Juge Gould a agi dans les limites de sa compétence en rendant son ordonnance, et le tribunal, dès qu'il reçoit la recommandation du registraire, est régulièrement habile à fixer le montant approprié de l'allocation relative à l'entretien auquel le Juge Gould a déjà décidé que l'appelante et l'enfant ont droit.

Distinction faite avec les arrêts: *Daudrich v. Daudrich*, [1972] 2 W.W.R. 157; *Radke v. Radke*, [1971] 5 W.W.R. 113; *Suriano v. Suriano*, [1972] 1 O.R. 125. Arrêts mentionnés: *Whyte v. Whyte*, déjà cité; *R. v. Arkwright* (1848), 12 Q.B. 960; *R. v. Humphery* (1839), 10 Ad. & El. 335; *Rowe c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 713.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>1</sup>, infirmant un jugement du Juge McKay. Appel accueilli.

*W. P. Lightbody* et *D. P. Baron*, pour l'appelante.

*Neil M. Fleishman* et *J. Francois Lemieux*, pour l'intimé.

*C. R. O. Munro, c.r.*, et *H. L. Molot*, pour le Procureur général du Canada.

*D. W. Mundell, c.r.*, pour le Procureur général de l'Ontario.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, et *J. L. Davidson*, pour le Procureur général de la Colombie-Britannique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelante et l'intimé se sont mariés le 1<sup>er</sup> mai 1959. Il y a un enfant de ce mariage, une fille née le 3 mars 1963. Par requête datée du 29 juillet 1970, l'intimé a demandé la dissolution du mariage. L'appelante a déposé une réplique et une requête opposée le 11 septembre 1970, demandant entre autres choses des allocations d'entretien provisoire et permanente pour elle-même et sa fille, qui vivait avec elle en Californie.

<sup>1</sup> [1972] 5 W.W.R. 589, 29 D.L.R. (3d) 99.

The appellant's application for interim maintenance was heard by Macdonald J. on October 22, 1970. He referred the matter to the Registrar, for a recommendation. A recommendation was made, on March 23, 1971, that the respondent pay to the appellant, by way of interim maintenance for herself and her daughter, the sum of \$700 per month from February 1, 1971. An order confirming this recommendation was made on April 2, 1971.

The respondent's petition for divorce and the appellant's counter-petition were heard by Gould J. on May 13, 1971. On that date he granted a decree *nisi* for divorce, which was signed by the Registrar on May 28, 1971. He further ordered that:

... the Respondent and infant child of the marriage, JULIET ELLEN ZACKS, born the 11th (*sic*) day of March, A.D. 1963, are entitled to maintenance and that the claim for maintenance of the Respondent and said infant child be, and the same is hereby referred to the learned District Registrar of this Honourable Court for the purpose of recommending to the said Court a proper allowance for the maintenance of the said Respondent and infant child;

Pursuant to this order the Registrar conducted a hearing on July 14 and 15, 1971. The matter was not then completed and by notice, dated September 30, 1971, he fixed October 21, 1971, as the date for continuance of the hearing. Prior to the resumption of the investigation the respondent, on August 16, 1971, applied for and obtained a decree absolute.

By notice, dated October 13, 1971, the respondent applied for an order to stay the proceedings before the Registrar on the following grounds:

- (a) That the Decree Absolute has now been entered;
- (b) That because of the grounds alleged in Paragraph (a) herein, the Court is now functus in this matter, and further that an Order for Maintenance cannot be made in the first instance after the granting of the Decree Nisi;

La demande de l'appelante en vue d'obtenir une allocation d'entretien provisoire a été instruite par le Juge Macdonald le 22 octobre 1970. Celui-ci a renvoyé l'affaire au registraire, à fin de recommandation. Une recommandation a été faite le 23 mars 1971, selon laquelle l'intimé devait verser à l'appelante, à titre d'allocation provisoire destinée à l'entretien d'elle-même et de sa fille, une somme mensuelle de \$700 à compter du 1<sup>er</sup> février 1971. Une ordonnance confirmant cette recommandation a été rendue le 2 avril 1971.

La requête en divorce de l'intimé et la requête opposée de l'appelante ont été instruites par le Juge Gould le 13 mai 1971. Ce jour-là, il a prononcé un jugement conditionnel de divorce qui a été signé par le registraire le 28 mai 1971. Il a en outre décidé et ordonné que:

[TRADUCTION] ... l'intimée et l'enfant né du mariage, JULIET ELLEN ZACKS, née le 11 (*sic*) mars 1963, ont droit à l'entretien, et que la demande en vue d'obtenir une allocation destinée à l'entretien de l'intimée et de ladite enfant soit, et elle se trouve par la présente, renvoyée au savant registraire de district de cette honorable Cour afin qu'il recommande à ladite Cour une allocation appropriée pour l'entretien de l'intimée et de l'enfant;

Conformément à cette ordonnance, le registraire a mené une audition les 14 et 15 juillet 1971, au cours de laquelle la question n'a pas été entièrement réglée, et, par un avis daté du 30 septembre 1971, il a fixé au 21 octobre 1971 la date de la poursuite de l'audition. Avant la reprise de l'enquête du registraire, l'intimé, le 16 août 1971, a demandé et obtenu un jugement irrévocable.

Par un avis du 13 octobre 1971, l'intimé a demandé une ordonnance en vue de suspendre les procédures devant le registraire, pour les motifs suivants:

- a) Le jugement irrévocable est maintenant inscrit;
- b) Vu le motif allégué à l'alinéa a) ci-dessus, la Cour est maintenant *functus* relativement à cette question, et de plus, une ordonnance en vue de l'entretien ne peut pas être rendue originellement après le prononcé d'un jugement conditionnel;

- (c) That the conduct of the parties vis-à-vis Maintenance has not been heard and there is no Court to hear the same, the learned Deputy District Registrar having refused properly to hold a hearing on the conduct of the parties;
- (d) That in any event, Maintenance under the Divorce Act of Canada does not properly lie within the purview of Section 91 of the British North America Act.

This motion was dismissed by Macdonald J. on October 18, 1971, and there was no appeal from this decision.

The hearing before the Registrar continued. On November 21 he made an interim recommendation that the respondent pay to the appellant the sum of \$1,500. On January 1, 1972, the respondent, who, until then, had been making interim maintenance payments of \$700 per month, ceased to make such payments.

The proceedings before the Registrar continued on January 17 and 18, 1972. On the latter date he made an interim recommendation for payment of the amount of \$500 by the respondent to the appellant. The hearing continued on February 9, 1972, when a further interim recommendation for payment of \$2,000 was made.

On February 14, 1972, the appellant applied to McKay J. for an order requiring the respondent to pay to her the various amounts previously recommended by the Registrar and to make other payments by way of maintenance until the Registrar's investigation was completed. The respondent applied, at the same time, for an order declaring that the Registrar was without jurisdiction. McKay J. granted the appellant's application and dismissed that of the respondent. In the course of his reasons, he said:

The decree nisi was granted by Mr. Justice Gould on May 13th, 1971. At that time he made a finding that the wife and child were entitled to maintenance. He referred the question of quantum to the Registrar for his recommendation. The reference is, I gather, a complicated one and still far from completed. The

c) La conduite des parties vis-à-vis de l'entretien n'a pas fait l'objet d'une audition et il n'existe aucune cour pouvant instruire la question, le savant registraire adjoint du district ayant refusé avec raison de tenir une audition sur la conduite des parties;

d) En tout état de cause, l'entretien tel que le prévoit la *Loi sur le divorce* du Canada n'est pas du domaine de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Cette requête a été rejetée par le Juge Macdonald le 18 octobre 1971, et aucun appel n'a été interjeté de cette décision.

L'audition devant le registraire s'est poursuivie. Le 21 novembre, celui-ci a fait une recommandation provisoire que l'intimé verse à l'appelante la somme de \$1,500. Le premier janvier 1972, l'intimé, qui jusqu'alors avait fait des versements mensuels d'allocation provisoire de \$700, cessa d'effectuer ces versements.

Les procédures devant le registraire se sont poursuivies les 17 et 18 janvier 1972. A cette dernière date, celui-ci a fait une recommandation provisoire en vue du versement à l'appelante par l'intimé d'une somme de \$500. L'audition s'est poursuivie le 9 février 1972, date à laquelle le registraire a fait une autre recommandation provisoire en vue du versement d'une somme de \$2,000.

Le 14 février 1972, l'appelante demanda au Juge McKay de rendre une ordonnance obligeant l'intimé à lui payer les diverses sommes que le registraire avait précédemment recommandées, et à effectuer d'autres paiements d'entretien jusqu'à ce que l'enquête du registraire soit terminée. L'intimé a, à la même époque, fait une demande en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que le registraire n'avait pas compétence. Le Juge McKay a accédé à la requête de l'appelante et rejeté celle de l'intimé. Dans l'exposé de ses motifs, le Juge McKay a déclaré:

[TRADUCTION]—Le jugement conditionnel a été prononcé par le Juge Gould le 13 mai 1971. A cette époque il a conclu que l'épouse et l'enfant avaient droit à une allocation d'entretien. Il a renvoyé la question du montant au registraire pour que celui-ci fasse sa recommandation. Il s'agit là, si je comprends

order absolute was entered on the 16th day of August, 1971.

In my view the entering of the decree absolute finalized matters insofar as the marriage of the parties are concerned, subject to certain exception not applicable here, but has no effect on the question of maintenance which is still very much before the Court. It is to be kept in mind that Mr. Justice Gould ordered maintenance for the wife. The hearing before the Registrar and the application to confirm are merely extensions of that order. To find otherwise could result in a horrible state of affairs. Taking an example, a petition is made for the maintenance by a wife against a wealthy husband, she clearly established entitlement at the trial and the Court orders that she is entitled to maintenance but because of the wealth of the husband and the complexity of his affairs, the reference takes five or six months. In the interval, the decree absolute which refers only to the divorce is entered. Mr. Fleishman says she is forever debarred from claiming maintenance. I cannot accept that proposition. This is not the case of a wife who does not claim maintenance and then attempts, after decree absolute, to make application. She claimed maintenance for herself and the child and she was granted maintenance.

The respondent appealed from this order to the Court of Appeal for British Columbia, which allowed the appeal and set aside the order of McKay J.

The main grounds of appeal advanced before the Court of Appeal were:

1. So far as they relate to alimony and maintenance, sections 10, 11 and 12 of the Act are ultra vires the Parliament of Canada.

Alternatively,

2. There was no jurisdiction to make an interim order for maintenance after the granting of the decree nisi.

3. There was no jurisdiction to make an order for maintenance of any kind after the decree nisi had been made absolute.

bien, d'une question compliquée et encore loin d'être résolue. L'ordonnance irrévocabla a été enregistrée le 16 août 1971.

A mon avis, l'enregistrement de l'ordonnance irrévocabla a eu pour effet de régler définitivement les choses dans la mesure où il s'agit du mariage des parties, sous réserve de certaines exceptions non applicables ici, mais elle est sans portée sur la question de l'entretien dont la Cour est toujours formellement saisie. Il faut se souvenir que M. le Juge Gould a ordonné l'entretien de l'épouse. L'audition devant le registraire et la demande de confirmation sont simplement des formalités complémentaires à cette ordonnance. Conclure autrement risquerait d'aboutir à une situation intolérable. Prenons l'exemple d'une femme qui fait une requête en vue d'obtenir d'un mari riche une allocation d'entretien: elle établit clairement son droit à l'entretien au procès, puis la Cour décide qu'elle y a droit, mais en raison de la richesse du mari et de la complexité de ses affaires cinq à six mois sont nécessaires pour régler le renvoi; et dans l'intervalle l'ordonnance irrévocabla qui ne porte que sur le divorce est enregistrée. M. Fleishman prétend qu'elle est définitivement irrecevable à demander une allocation d'entretien. Je ne puis admettre ce point de vue. Il ne s'agit pas en l'instance d'une femme qui n'a pas réclamé d'allocation d'entretien et qui tente, ensuite, après le prononcé d'un jugement irrévocabla, d'en réclamer une. Elle a demandé une allocation d'entretien pour elle-même et l'enfant, et l'entretien lui a été accordé.

L'intimé a interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a accueilli l'appel et infirmé l'ordonnance du Juge McKay.

Les principaux motifs d'appel présentés à la Cour d'appel étaient les suivants:

1. Autant qu'ils concernent la pension alimentaire et l'entretien, les articles 10, 11 et 12 de la Loi sont au-delà de la compétence du Parlement du Canada.

Subsidiairement,

2. Le tribunal n'avait aucune compétence pour rendre une ordonnance provisoire d'entretien après le prononcé du jugement conditionnel.

3. Le tribunal n'avait aucune compétence pour ordonner des versements d'entretien, quels qu'ils soient, après que le jugement conditionnel eut été rendu irrévocabla.

The Court of Appeal accepted the second ground of appeal and, in its reasons, treated it as if the word "interim" was not in it.

The sections of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, referred to in the first ground of appeal, read as follows:

#### COROLLARY RELIEF

10. Where a petition for divorce has been presented, the court having jurisdiction to grant relief in respect thereof may make such interim orders as it thinks fit and just

- (a) for the payment of alimony or an alimentary pension by either spouse for the maintenance of the other pending the hearing and determination of the petition, accordingly as the court thinks reasonable having regard to the means and needs of each of them;
- (b) for the maintenance of and the custody, care and upbringing of the children of the marriage pending the hearing and determination of the petition; or
- (c) for relieving either spouse of any subsisting obligation to cohabit with the other.

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

- (a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of
  - (i) the wife,
  - (ii) the children of the marriage, or
  - (iii) the wife and the children of the marriage;
- (b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of
  - (i) the husband,
  - (ii) the children of the marriage, or
  - (iii) the husband and the children of the marriage; and
- (c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) an order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so

La Cour d'appel a accepté le second motif d'appel et, dans ses motifs, elle l'a considéré comme si le mot «provisoire» n'y figurait pas.

Les articles de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, mentionnés dans le premier motif d'appel, sont libellés comme suit:

#### MESURES ACCESSOIRES

10. Lorsqu'une requête en divorce a été présentée, le tribunal ayant compétence pour prononcer sur les conclusions des parties peut rendre les ordonnances provisoires qu'il croit justes et appropriées

- a) aux fins du paiement, par l'un des conjoints, d'une pension alimentaire, «*alimony*» ou «*maintenance*» pour l'entretien de l'autre en attendant que la requête ait été entendue et jugée, selon que le tribunal l'estime raisonnable compte tenu des moyens et des besoins de chacun d'eux;
- b) aux fins de l'entretien et de la garde, de l'administration et de l'éducation des enfants du mariage en attendant que la requête ait été entendue et jugée; ou
- c) aux fins de relever un conjoint de toute obligation existante d'habiter avec l'autre.

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

- a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien
    - (i) de l'épouse,
    - (ii) des enfants du mariage, ou
    - (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;
  - b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien
    - (i) du mari,
    - (ii) des enfants du mariage, ou
    - (iii) du mari et des enfants du mariage; et
  - c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.
- (2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et

having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

12. Where a court makes an order pursuant to section 10 or 11, it may

- (a) direct that any alimony, alimentary pension or maintenance be paid either to the husband or wife, as the case may be, or to a trustee or administrator approved by the court; and
- (b) impose such terms, conditions or restrictions as the court thinks fit and just.

The conclusion of the Court of Appeal is summarized, in its reasons, as follows:

In my view, once a decree nisi has been perfected the court is functus so far as s. 11(1)(a) is concerned. If powers under s. 11(1)(a) are to be exercised effectively, they must be exercised simultaneously with the perfecting of the decree nisi and completely; nothing, such as fixing a lump sum or periodic sums, can be left to be done later.

The judgment explains the words "perfecting of the decree nisi" as follows:

The practice in the Supreme Court of British Columbia with respect to all court orders (including decrees and other judgments) is for the judge who makes one (or another judge on his behalf) to initial it and for the Registrar both to sign it and to stamp the seal of the court on it. When these steps have been completed, the order is perfected.

Leave to appeal to this Court was granted to the appellant. By order of the Chief Justice of this Court it was directed that notice be served upon the Attorney General of Canada and upon the Attorneys General of the Provinces in respect of the following constitutional questions in the appeal:

1. Is the Supreme Court of British Columbia without power to order maintenance pursuant to Sections 10, 11 and 12 of *The Divorce Act*, R.S.C. 1970, Chapter D-8, for the reason that the said sections of *The Divorce Act* are ultra vires of the Parliament of Canada, it being a subject exclusively within the

approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

12. Lorsqu'un tribunal rend une ordonnance en conformité des articles 10 ou 11, il peut

- a) ordonner qu'une pension alimentaire, «*alimony*» ou «*maintenance*» soit payée au mari ou à l'épouse, selon le cas, ou à un *trustee* ou administrateur approuvé par le tribunal; et
- b) imposer les modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

La conclusion de la Cour d'appel est résumée, dans ses motifs, comme suit:

[TRADUCTION] A mon avis, une fois qu'un jugement conditionnel a été rendu parfait, le tribunal est *func-tus* en ce qui concerne l'art. 11, par. (1), al. a). Si des pouvoirs prévus par l'art. 11, par. (1), al. a) doivent être exercés efficacement, ils doivent l'être en même temps qu'est rendu parfait le jugement conditionnel, et de manière complète; aucune mesure, telle que la fixation d'une somme globale ou de sommes échelonnées, ne peut être remise à plus tard.

L'arrêt donne l'explication suivante de l'expression «rendre parfait le jugement conditionnel»:

[TRADUCTION] La procédure habituelle à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en ce qui concerne toutes les ordonnances rendues par la Cour (y compris les jugements de divorce et autres décisions) est que le juge qui rend l'ordonnance (ou un autre juge qui agit en son nom) y appose ses initiales, et le registraire la signe en y apposant aussi le sceau de la Cour. Une fois ces formalités terminées, la décision du juge est rendue parfaite.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée à l'appelante. Par ordonnance du Juge en chef de cette Cour, il a été ordonné que le procureur général du Canada et les procureurs généraux des provinces soient notifiés des questions constitutionnelles suivantes soulevées par l'appel:

[TRADUCTION] 1. La Cour suprême de la Colombie-Britannique est-elle impuissante à ordonner des paiements d'entretien en vertu des articles 10, 11 et 12 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, pour le motif que lesdits articles de la *Loi sur le divorce* iraient au-delà de la compétence du Parlement du

powers of Provincial Legislatures under Section 92 of *The British North America Act*?

2. Is Order-in-Council No. 1811, approved 11 June, 1968, (B.C. Gazette, Part II, 1968, P. 241) pursuant to which the Rules of the Supreme Court of British Columbia were amended by inserting Order LXA, Rule 32(3) of the *Divorce Rules* ultra vires as constituting an unlawful delegation to a person other than a judge contemplated by Section 96 of *The British North America Act*?

Submissions were made to us by the Attorney General of Canada and by the Attorneys General of British Columbia and Ontario. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia both submitted that the two questions should be answered in the negative. The Attorney General of Ontario made no submission in respect of the first question. He contended that the second question should be answered in the negative.

I will deal now with the first question. Section 91(26) of the *British North America Act* gives to the Parliament of Canada authority to legislate on the matters of "Marriage and Divorce". Section 92(13) of that Act gives to a Provincial Legislature authority to legislate on the matters of "Property and Civil Rights in the Province". Alimony, maintenance and the custody of children are not specifically mentioned in either s. 91 or s. 92. The question is as to whether these subjects, which, in themselves, can be considered as civil rights, may be the subject of legislation by the Parliament of Canada, when dealing with the consequences of a divorce, as being inseparable from its jurisdiction to pass laws governing the change of status resulting from a dissolution of marriage.

This question has already been substantially answered in the reasons for judgment of this Court, delivered by Ritchie J., in *Jackson v. Jackson*<sup>2</sup> when he said, at p. 211:

<sup>2</sup> [1973] S.C.R. 205.

Canada, le sujet relevant exclusivement des pouvoirs des parlements provinciaux en vertu de l'article 92 de l'*acte de l'Amérique du Nord britannique*?

2. Est-ce que le décret du conseil N° 1811 approuvé le 11 juin 1968 (Gazette de la Colombie-Britannique, Partie II, 1968, P. 241) en vertu duquel les Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ont été modifiées par l'insertion de l'ordonnance LXA, Règle 32(3) des *Divorce Rules* est *ultra vires* pour le motif qu'il constituerait une délégation illégale à une personne autre qu'un juge visé par l'art. 96 de l'*acte de l'Amérique du Nord britannique*?

Le procureur général du Canada de même que les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ont présenté des arguments. Le procureur général du Canada et celui de la Colombie-Britannique ont prétendu que l'on doit répondre négativement aux deux questions. Le procureur général de l'Ontario n'a présenté aucun argument en ce qui concerne la première question. Il a soutenu que l'on doit répondre négativement à la deuxième.

Je vais à présent examiner la première question. L'article 91, par. 26 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer quant aux matières de «mariage et divorce», et l'art. 92, par. 13 donne aux provinces le pouvoir de légiférer quant aux matières de «propriété et droits civils dans la province». Les articles 91 et 92 ne font ni l'un ni l'autre spécifiquement mention de pension alimentaire, d'entretien et de garde d'enfants. La question est de savoir si ces sujets qui, en eux-mêmes, peuvent être considérés comme des droits civils, peuvent faire l'objet de lois votées par le Parlement du Canada, lorsqu'il s'agit des conséquences d'un divorce, pour le motif qu'ils seraient inséparables de sa compétence à promulguer des lois régissant le changement de statut résultant de la dissolution d'un mariage.

On a déjà répondu en grande partie à cette question dans les motifs de jugement de cette Cour que le Juge Ritchie a rédigés dans l'affaire *Jackson c. Jackson*<sup>2</sup>, lorsqu'il a déclaré, page

<sup>2</sup> [1973] R.C.S. 205.

... I am satisfied that the power to grant an order for the maintenance of the children of the marriage is necessarily ancillary to jurisdiction in divorce and that the Parliament of Canada was therefore acting within the legislative competency conferred upon it by the *British North America Act, 1867*, s. 91(26) in legislating to this end.

While this statement deals with the matter of maintenance under s. 11 of the *Divorce Act*, hereinafter referred to as "the Act", the principle stated applies equally to the matters of custody, care and upbringing of children of the marriage, under s. 11(1)(c), to the provisions of s. 10, dealing with interim orders, and to those of s. 12, which authorize the ordering of payments directed under s. 10 or s. 11, to be made to a trustee or administrator, and the imposition of terms, conditions and restrictions in an order made under either of those sections.

Counsel for the respondent urged that the matter of the constitutionality of ss. 10, 11 and 12 of the Act should be reconsidered by the Court in view of the fact that that issue had not been argued by counsel in the *Jackson* case. He presented argument in support of the contention that those provisions were *ultra vires* of the Parliament of Canada. Consideration of his submissions has not persuaded me that the decision made in the *Jackson* case should be changed.

The power of Parliament to legislate in respect of the dissolution of marriage is, of course, unquestioned. The provisions of the Act, under attack, appear under the heading of "Corollary Relief". Section 10 becomes operative where a petition for divorce has been presented and provides for interim orders. If the petition for divorce fails, there is no power to make any order as to alimony, maintenance or custody under s. 11, and any interim order under s. 10 would thereupon cease to be operative. The Act only contemplates orders as to

211:

... J'ai la conviction que le pouvoir de rendre une ordonnance visant l'entretien des enfants du mariage est nécessairement accessoire à la compétence en matière de divorce et que le Parlement du Canada a donc agi conformément à la compétence législative que lui a conférée l'*acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, art. 91(26), en légiférant en ce sens.

Bien que cette déclaration soit relative à l'entretien sous le régime de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, ci-après appelée «la Loi», le principe qui y est énoncé s'applique également aux matières de garde, d'administration et d'éducation des enfants du mariage, sous le régime de l'art. 11 (1), al. c), aux dispositions de l'art. 10, ayant trait aux ordonnances provisoires, et à celles de l'art. 12, qui permettent à un tribunal d'ordonner le versement de paiements prescrits en vertu de l'art. 10 ou de l'art. 11 à un «*trustee*» ou administrateur et d'imposer des modalités ou restrictions dans une ordonnance rendue en vertu de l'un ou l'autre de ces articles.

L'avocat de l'intimé a prétendu que la question de la constitutionnalité des art. 10, 11 et 12 de la Loi doit être réexaminée par la Cour vu que dans l'affaire *Jackson*, cette question n'avait pas été débattue par les avocats. Il a présenté des arguments pour appuyer sa prétention suivant laquelle ces dispositions étaient au-delà de la compétence du Parlement du Canada. L'examen de ses prétentions ne m'a pas convaincu que la décision rendue dans l'affaire *Jackson* doit être modifiée.

Le pouvoir que le Parlement possède de légiférer en matière de dissolution de mariage est, naturellement, incontesté. Les dispositions attaquées de la Loi apparaissent sous la rubrique «mesures accessoires». L'article 10 devient opérant lorsqu'une requête en divorce a été présentée, et il prévoit des ordonnances provisoires. Si la requête en divorce est refusée, il n'y a aucun pouvoir pour rendre une ordonnance relative à la pension alimentaire, à l'entretien, ou à la garde sous le régime de l'art. 11, et toute ordonnance provisoire prévue par l'art. 10 cesse

these matters as a necessary incident to the dissolution of a marriage.

It was not until the enactment of the *Matrimonial Causes Act*, 1857, that courts in England were empowered to grant a decree to dissolve a marriage, validly contracted. Under that Act, the court was empowered on any such decree to order the husband, to the satisfaction of the court, to secure to the wife a gross sum of money, or such annual sum as the court determined in the light of the wife's means and the husband's ability to pay. The court was also empowered to make provision for the custody, care and maintenance of the children of the marriage. This was the legal situation, relating to divorce, when the *British North America Act* was passed.

It is proper to have regard to this in deciding the intended scope of the power to legislate on the subject of divorce given by the *British North America Act* to the Parliament of Canada in s. 91(26) of that Act. In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*<sup>3</sup>, the Privy Council, in considering the meaning of "Bankruptcy" in s. 91(21) of that Act, made reference to the provisions of the English Act of 1861 then in force.

In *Hyman v. Hyman*<sup>4</sup>, the House of Lords had to decide whether a wife's covenant, in a deed of separation, not to take proceedings against her husband for alimony or maintenance precluded an order being made by the court for permanent maintenance, when she obtained a decree of divorce. Lord Hailsham L.C., at p. 607, referred to the statutory provisions which enabled the court to order payment of maintenance, and said:

alors d'être exécutoire. La Loi n'envisage des ordonnances relatives à ces questions que comme élément accessoire nécessaire de la dissolution d'un mariage.

Ce n'est que lors de l'adoption du *Matrimonial Causes Act*, 1857, que les tribunaux en Angleterre ont été autorisés à prononcer des jugements de dissolution à l'égard de mariages valablement contractés. Aux termes de cette loi, le tribunal avait le pouvoir à l'occasion de tels jugements d'enjoindre au mari, à la satisfaction du tribunal, de procurer à la femme une somme globale d'argent ou la somme annuelle que le tribunal déterminait sur la base des ressources de la femme et de la capacité du mari de payer. Le tribunal était également habilité à ordonner les mesures nécessaires à la garde, l'administration et l'éducation des enfants du mariage. Telle était la situation légale, concernant le divorce, lorsque l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été adopté.

Il convient d'en tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer la portée prévue du pouvoir de légiférer sur le divorce, conféré par l'*acte de l'Amérique du Nord britannique* au Parlement du Canada à l'art. 91, par. (26) de cet acte. Dans *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*<sup>3</sup>, le Conseil privé, en examinant le sens du terme «banqueroute» figurant à l'art. 91, par. (21) de cet acte, a mentionné les dispositions de la loi anglaise de 1861 alors en vigueur.

Dans *Hyman v. Hyman*<sup>4</sup>, la Chambre des Lords a eu à décider si l'engagement pris par la femme, dans un acte de séparation, de ne pas intenter de poursuites contre son mari en vue d'obtenir une pension alimentaire ou une allocation d'entretien, empêchait le tribunal de rendre une ordonnance en vue d'une allocation d'entretien permanente, lorsqu'elle obtenait par la suite un jugement de divorce. Lord Hailsham, L.C., à la p. 607, a cité les dispositions légales qui permettaient au tribunal d'ordonner le paiement

<sup>3</sup> [1894] A.C. 189.

<sup>4</sup> [1929] A.C. 601.

<sup>3</sup> [1894] A.C. 189.

<sup>4</sup> [1929] A.C. 601.

These provisions are a re-enactment of provisions first appearing in the Matrimonial Causes Act, 1857, as modified by later Acts in 1866 and 1907; and the question which your Lordships have to determine must, in my opinion, depend upon the view taken by your Lordships as to the true meaning and effect of this section.

Before 1857 it was not competent for any Court to dissolve a marriage validly contracted; in order to effect such a dissolution it was necessary to have recourse to an Act of Parliament. In 1857 the Legislature for the first time gave to the Courts the power to dissolve the marriage tie by a decree of divorce. Such a decree does not merely affect the relationship of the husband and the wife one to another, but it also changes the status of each of them. In my view, the effect of the section to which I have called attention is to give power to the Court as incidental to the exercise of these powers and as a condition of their exercise to compel the husband to make adequate provision for the support of the wife.

Lord Buckmaster, at p. 625, states:

Divorce wholly differs from any form of separation. Judicial separation, which has been the subject of much learned and weighty censure, is nothing but enforcing through an order of the Court an arrangement which the parties could—were they willing—equally effect for themselves; it merely makes in the form and with the force of a decree an arrangement for the parties to live apart, but divorce destroys the whole relationship, and only by remarriage can it be restored. It is, in my opinion, associated with and inseparable from the power to grant this change of status that the Courts have authority to decree maintenance for the wife.

Three provincial Courts of Appeal have considered the issue which is now before us. The Court of Appeal for Manitoba had to deal with the validity of the provisions of the Act relating to maintenance and custody, in *Whyte v. Whyte*<sup>5</sup>. In its judgment, reference was made to the *Hyman* case, and it was held that these matters were inseparable from the power to

de l'allocation d'entretien, et il a déclaré:

[TRADUCTION] Ces dispositions constituent une réadoption de dispositions ayant figuré une première fois dans le *Matrimonial Causes Act*, 1857, modifié par des lois subséquentes en 1866 et 1907; et la question que Vos Seigneuries doivent trancher est, à mon avis, fonction de l'opinion que Vos Seigneuries se font du sens et de l'effet véritable de cet article.

Avant 1857, aucun tribunal n'avait compétence pour dissoudre un mariage contracté valablement; afin d'effectuer une telle dissolution, il était nécessaire d'avoir recours à une loi du Parlement. En 1857, le Parlement a, pour la première fois, donné aux tribunaux le pouvoir de dissoudre le lien matrimonial par un jugement de divorce. Un tel jugement ne touche pas simplement le lien entre le mari et la femme, mais il change également leurs statuts personnels respectifs. A mon avis, l'article sur lequel j'ai attiré l'attention a pour effet de donner au tribunal le pouvoir, à titre d'instrument accessoire de l'exercice de ces pouvoirs et à titre de condition de leur exercice, d'obliger le mari à assurer de manière adéquate le soutien de l'épouse.

Lord Buckmaster, à la p. 625, a déclaré:

[TRADUCTION] Le divorce diffère intégralement de toute forme de séparation. La séparation de corps, qui a fait l'objet de beaucoup de critiques savantes et autorisées, n'est rien d'autre que l'application par une ordonnance du tribunal d'un arrangement que les parties pouvaient—si elles l'avaient voulu—appliquer aussi bien par elles-mêmes; elle se borne simplement à établir dans la forme et avec la force d'un jugement un arrangement selon lequel les parties devront vivre séparées, mais le divorce détruit la totalité du lien, qui ne peut être rétabli que par le remariage. Le pouvoir des tribunaux d'ordonner une allocation d'entretien à l'épouse est, à mon avis, lié à ce pouvoir de modifier ainsi le statut des époux, et en est inséparable.

Trois cours d'appel provinciales ont examiné la question dont cette Cour est actuellement saisie. La Cour d'appel du Manitoba a eu à se prononcer sur la validité des dispositions de la Loi relatives à l'entretien et à la garde des enfants, dans *Whyte v. Whyte*<sup>5</sup>. Dans son jugement, elle a cité l'affaire *Hyman*, et elle a conclu que ces matières étaient inséparables du pouvoir

<sup>5</sup> (1969), 69 W.W.R. 536, 7 D.L.R. (3d) 7.

<sup>5</sup> (1969), 69 W.W.R. 536, 7 D.L.R. (3d) 7.

grant a change of status between the spouses.

In *Papp v. Papp*<sup>6</sup>, the Court of Appeal for Ontario held that the provisions in s. 10 and s. 11 respecting custody were valid enactments. The judgment of the Court was delivered by Laskin J.A., who was then a member of that Court. At p. 335 he said:

Where there is admitted competence, as there is here, to legislate to a certain point, the question of limits (where that point is passed) is best answered by asking whether there is a rational, functional connection between what is admittedly good and what is challenged.

He concluded, at p. 338:

On the view I have taken of the restricted nature of the custody jurisdiction under the Canadian *Divorce Act*, I hold that its provisions as to custody are valid enactments under the federal power in relation to marriage and divorce. To me, they are bound up with the direct consequences of marriage and its dissolution as much as is alimony and maintenance; and, much more importantly than those it is so bound up by reason of the physical and human relationships of parents and their children. The fact that these can exist outside of formal marriage does not affect the matter where it is dealt with in terms of marriage and its dissolution. The very concept of divorce where there are dependent children of the marriage makes the question of their custody a complementary one to divorce itself.

The Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, in *Heikel v. Heikel*<sup>7</sup>, held that the corollary relief provisions in ss. 10 to 12 of the Act were not *ultra vires* of the Parliament of Canada.

d'accorder un changement de statut aux époux.

Dans *Papp v. Papp*<sup>6</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les dispositions des art. 10 et 11 relatives à la garde des enfants constituaient des dispositions législatives valides. Le jugement de la Cour a été prononcé par le Juge Laskin, qui était à l'époque un des juges de cette Cour-là. Il a déclaré, page 335:

[TRADUCTION] Lorsqu'il existe, comme c'est le cas ici, une compétence reconnue de légiférer jusqu'à un certain point, le problème posé par les limites (lorsque ce point est dépassé) est résolu de meilleure manière en se demandant s'il existe un rapport rationnel, fonctionnel entre ce que l'on reconnaît comme valide et ce qui est contesté.

Il a conclu, à la page 338:

[TRADUCTION] L'opinion que j'ai du caractère restreint de la compétence relative à la garde des enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce* canadienne, m'amène à conclure que les dispositions de cette loi relatives à la garde des enfants constituent des dispositions législatives valides en vertu du pouvoir fédéral concernant le mariage et le divorce. Je considère qu'elles se rattachent aux conséquences directes du mariage et de sa dissolution tout autant que s'y rattachent la pension alimentaire et l'entretien; et, plus encore que celles-ci, elles s'y rattachent ainsi du fait des relations physiques et humaines qui existent entre les parents et leurs enfants. Le fait que ces relations peuvent exister en dehors d'un mariage régulier ne change pas la question lorsqu'elle est envisagée du point de vue du mariage et de sa dissolution. La notion même de divorce, lorsqu'il y a des enfants du mariage qui sont à charge, fait de la question de leur garde une question complémentaire du divorce lui-même.

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a conclu, dans l'affaire *Heikel v. Heikel*<sup>7</sup>, que les dispositions des art. 10 à 12 de la Loi, relatives aux mesures accessoires, n'étaient pas au-delà de la compétence du Parlement du Canada.

<sup>6</sup> [1970] 1 O.R. 331.

<sup>7</sup> (1970), 73 W.W.R. 84.

<sup>6</sup> [1970] 1 O.R. 331.

<sup>7</sup> (1970) 73 W.W.R. 84.

I am in agreement with these decisions, and would answer the first constitutional question in the negative.

The second constitutional question which has to be considered is as to whether Order in Council No. 1811, pursuant to which the Rules of the Supreme Court of British Columbia were amended so as to include O. LXA, r. 32(3) was *ultra vires* of the Lieutenant-Governor in Council because it unlawfully delegated powers to a person not a judge contemplated by s. 96 of the *British North America Act*.

Section 96 of the *British North America Act* provides that:

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.

Section 19(1) of the Act empowers a court or court of appeal to make rules of court applicable to any proceedings under the Act within the jurisdiction of that court, including:

(e) prescribing and regulating the duties of officers of the court and any other matter considered expedient to attain the ends of justice and carry into effect the purposes and provisions of this Act.

Pursuant to this power the Supreme Court of British Columbia made rules of court applicable to proceedings under the Act. The *Court Rules of Practice Act*, R.S.B.C. 1960, c. 83, enables the Lieutenant-Governor in Council to make rules of practice and procedure in all or any of the Courts of the Province. The Order in Council incorporated into the Rules of the Supreme Court the rules which the Court had made pursuant to the power granted to it under the Act, effective on the coming into force of the Act.

The impugned rule is Rule 32(3), which provides that:

Je suis d'accord avec ces décisions, et je répondrais négativement à la première question constitutionnelle.

La seconde question constitutionnelle à l'étude consiste à savoir si le décret du conseil No 1811, en conformité duquel les règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ont été modifiées de manière à inclure l'ordonnance LXA, règle 32, par. (3), était au-delà de la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil parce qu'il déléguait illégalement des pouvoirs à une personne qui n'était pas un juge visé par l'art. 96 de l'*acte de l'Amérique du Nord britannique*.

L'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prévoit que:

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.

L'article 19, par. (1) de la *Loi sur le divorce* autorise un tribunal ou une cour d'appel à établir des règles de pratique applicables à toute procédure en vertu de la Loi dans la limite de leur compétence, notamment, des règles:

e) prescrivant et réglementant les devoirs des fonctionnaires du tribunal et toute autre question estimée opportune pour parvenir aux fins de la justice et pour mettre en œuvre les objets et les dispositions de la présente loi.

Conformément à ce pouvoir, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi des règles de pratique applicables aux procédures menées sous le régime de la Loi. Le *Court Rules of Practice Act*, R.S.B.C. 1960, c. 83, permet au lieutenant-gouverneur en conseil d'établir des règles de pratique et de procédure dans tous les tribunaux de la province. Le décret du conseil a incorporé dans les Règles de la Cour suprême les règles qu'avait établies la Cour en conformité du pouvoir à elle conféré en vertu de la Loi, pour valoir dès l'entrée en vigueur de la Loi.

La règle attaquée est la Règle 32, par. (3), qui prévoit que:

A Judge may deal with an application under this Rule summarily or may direct a reference to the Registrar.

The kind of application to which Rule 32 relates is an application for corollary or other relief by way of maintenance or for the care and custody of children. The contention of the respondent is that Rule 32(3) provides for the granting of a power to the Registrar which is of a kind which can only be exercised by a judge appointed under s. 96 of the *British North America Act*.

The answer to this submission is that the powers of the Registrar upon a reference directed pursuant to this Rule are not powers of adjudication. It is the Judge who "may deal with an application". The Rule merely prescribes the procedure the Judge may employ, that is, he may deal with the application summarily or by ordering a reference to the Registrar. The powers of the Registrar are not expressly stated, but clearly what the Rule contemplates are the powers normally exercised by the Registrar upon a reference under the general practice in the Supreme Court of British Columbia. This is prescribed by s. 63 of the *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1960, c. 374, which reads:

63. (1) Subject to Rules of Court and to any right to have particular cases tried by a jury, the Court or a Judge may refer any question arising in any cause or matter (other than a criminal proceeding) for inquiry or report to any District Registrar, official or special referee.

(2) The report of any District Registrar, official or special referee may be adopted, wholly or partially, by the Court or a Judge, and if so adopted may be enforced as a judgment or order to the same effect.

(3) The proceedings before the District Registrar or referee upon such reference, the report of the District Registrar or referee, and the powers of the Court or a Judge with respect to the report shall as nearly as possible conform to, and be exercised in accordance with, the practice governing the matters referred to in

[TRADUCTION] Un juge peut décider sommairement une demande faite en vertu de la présente règle ou ordonner un renvoi devant le registraire.

Le genre de demande auquel se rapporte la Règle 32 est une demande en vue d'obtenir des mesures accessoires ou autres à des fins d'entretien ou en vue de l'administration et de la garde des enfants. L'intimé prétend que la Règle 32, par. (3) prévoit l'octroi au registraire d'un pouvoir dont la nature est telle qu'il ne peut être exercé que par un juge nommé en vertu de l'art. 96 de l'*acte de l'Amérique du Nord britannique*.

La réponse à cette prétention est que les pouvoirs qu'un registraire possède dans le cas d'un renvoi ordonné en vertu de cette Règle ne sont pas des pouvoirs de statuer ou adjuger. C'est le juge qui «peut décider une demande». La Règle prescrit simplement la procédure que le juge peut employer, soit, décider sommairement la demande ou ordonner un renvoi devant le registraire. Les pouvoirs du registraire ne sont pas expressément indiqués, mais il est évident que les pouvoirs que la Règle prévoit sont ceux qui sont normalement exercés par le registraire lors d'un renvoi en vertu de la pratique générale de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cela est prescrit par l'art. 63 du *Supreme Court Act*, R.S. B.C. 1960, c. 374, dont le texte est le suivant:

[TRADUCTION] 63. (1) Sous réserve de règles de pratique et de tout droit de faire juger par un jury des affaires particulières, la cour ou un juge peut renvoyer une question survenant dans toute cause ou affaire (autre qu'une procédure au criminel), pour enquête ou rapport, à tout registraire de district, fonctionnaire ou juge-arbitre spécial.

(2) Le rapport de tout registraire de district, fonctionnaire ou juge-arbitre spécial peut être adopté, entièrement ou en partie, par la cour ou un juge, et s'il est ainsi adopté, il peut être exécuté comme un jugement ou une ordonnance au même effet.

(3) Les procédures devant le registraire de district ou le juge-arbitre lors d'un tel renvoi, le rapport du registraire de district ou de juge-arbitre, et les pouvoirs de la cour ou d'un juge relativement au rapport, seront, autant que possible, conformes à la pratique régissant les matières citées dans l'ordonnance 33 et

Order 33 and in Rules 65 to 71, inclusive, of Order 55 of the Rules of the Supreme Court.

That no adjudication is contemplated by Rule 32 appears to have been the view of Gould J. when making his order in this case referring the claim for maintenance to the District Registrar. His order says that the claim

... is hereby referred to the learned District Registrar of this Honourable Court for the purpose of recommending to the said Court a proper allowance for the maintenance of the said Respondent and infant child.

That a power to inquire and report, as distinguished from a power to adjudicate, does not offend against s. 96 of the *British North America Act* was decided in the judgment of this Court in *Attorney-General for Ontario and Display Service Co. Ltd. v. Victoria Medical Building Ltd. et al.*<sup>8</sup>, in which the Court was considering the validity of a provision in *The Mechanics' Lien Act* of Ontario which purported to confer on the Master of the Supreme Court jurisdiction to try certain actions. At p. 44 Judson J. said:

The judgment under appeal correctly draws a distinction between the position of the Master exercising delegated jurisdiction as a referee under ss. 67 and 68 of *The Judicature Act* and his position when he exercises original jurisdiction under s. 31(1) of *The Mechanics' Lien Act*. Anything that he does on a reference depends for its validity on the judge's original order. His findings must be embodied not in a judgment but in a report which is subject to control of the judge on a motion for confirmation, variation or appeal; *Martin v. Cornhill Insurance Co. Ltd.*, [1935] O.R. 239. On the other hand under the impugned section the Master issues a judgment which is subject to a direct appeal to the Court of Appeal.

Because Rule 32(3) does not purport to confer upon the Registrar a power to adjudicate it is my opinion that the second constitutional

dans les règles 65 à 71, inclusivement, de l'ordonnance 55 des Règles de la Cour suprême, et exercés conformément à cette pratique.

Il semble que le Juge Gould ait été d'avis, lorsqu'il a rendu dans cette affaire son ordonnance renvoyant au registraire de district la demande d'allocation d'entretien, que la Règle 32 n'envisage pas d'adjudication ou décision. Son ordonnance déclare que la demande

[TRADUCTION] ... se trouve par la présente renvoyée au savant registraire de district de cette honorable Cour afin qu'il recommande à ladite Cour une allocation appropriée pour l'entretien de l'intimée et de l'enfant.

Qu'un pouvoir de faire enquête et rapport, qui se distingue d'un pouvoir de statuer ou adjuger, ne viole pas l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, cette Cour l'a décidé dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Attorney-General for Ontario et Display Service Co. Ltd c. Victoria Medical Building Limited et al.*<sup>8</sup>, dans laquelle la Cour avait à trancher sur la validité d'une disposition du *The Mechanics' Lien Act* ontarien qui était censée conférer au Master de la Cour suprême une compétence pour juger certaines actions. A la p. 44, le Juge Judson a déclaré:

[TRADUCTION] Le jugement frappé d'appel fait à juste titre une distinction entre la situation du Master exerçant une compétence déléguée en tant que juge-arbitre des renvois en vertu des art. 67 et 68 du *The Judicature Act* et sa situation lorsqu'il exerce une compétence de première instance prévue par l'art. 31, par. (1) du *The Mechanics' Lien Act*. Tous ses actes lors d'un renvoi dépendent pour leur validité de l'ordonnance primitive rendue par le juge. Ses conclusions doivent être consignées non pas dans un jugement mais dans un rapport qui est soumis au contrôle du juge lors d'une requête en confirmation, modification ou appel; affaire *HeMartin v. Cornhill Insurance Co. Ltd.*, [1935] O.R. 239. D'autre part, en vertu de l'article attaqué, le Master délivre un jugement qui peut faire l'objet d'un appel interjeté directement à la Cour d'appel.

Étant donné que le par. (3) de la Règle 32 n'a pas pour effet de conférer au registraire un pouvoir de statuer ou adjuger, je suis d'avis que

<sup>8</sup> [1960] S.C.R. 32.

<sup>8</sup> [1960] R.C.S. 32.

question should be answered in the negative. In basing my opinion on this one ground, I do not thereby express disagreement with other grounds on which the respondent's contention is attacked, such as the fact that the Rule in issue was one made by the Supreme Court of British Columbia pursuant to a federal enactment, but it is not necessary to reach a final conclusion upon them.

I now turn to the issue on the merits, which is as to the interpretation by the Court of Appeal of s. 11(1) of the Act, and, in particular, upon the words "Upon granting a decree nisi of divorce" which precede the description of the powers which the court may exercise as to alimony, maintenance and the custody of children of the marriage.

It was the opinion of the Court of Appeal that "Upon" denoted contemporaneity, and that once a decree *nisi* is perfected the court is *functus* so far as s. 11(1)(a) is concerned. It was held that if powers under that paragraph are to be exercised effectively they must be exercised simultaneously with the perfecting of the decree *nisi* and completely, and that nothing, such as fixing a lump sum or periodic sums, could be done later.

The effect of this judgment was, therefore, that, although Gould J. had, as a part of the decree *nisi*, declared an entitlement to maintenance, and directed a reference to the Registrar to recommend a proper allowance, once the decree had been signed by the Registrar and the Court seal affixed, no order could be made fixing the amount of maintenance.

The judgment of the Court of Appeal is based upon three reasons:

My conclusion is that "Upon" in s. 11(1) denotes contemporaneity. I base this mainly on the ordinary meaning of the word, on the contrasting use of "upon or after" in s. 13(2) and on the French version of the

l'on doit répondre négativement à la deuxième question constitutionnelle. En fondant mon opinion sur ce seul motif, je n'exprime pas par là un désaccord avec les autres motifs sur lesquels la prétention de l'intimé est attaquée, notamment, le fait que la Règle en cause est une règle établie par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en application d'une loi fédérale, mais il n'est pas nécessaire d'arriver à une conclusion finale sur ces motifs.

Je vais maintenant examiner la question ayant trait au fond du litige, qui porte sur l'interprétation par la Cour d'appel du par. (1) de l'art. 11 de la Loi, et, en particulier, de l'expression «En prononçant un jugement conditionnel de divorce» qui précède la description des pouvoirs que le tribunal peut exercer relativement à la pension alimentaire, à l'entretien et à la garde des enfants du mariage.

La Cour d'appel était d'avis que le mot anglais «Upon» (en) dénote la simultanéité, et qu'une fois qu'un jugement conditionnel est rendu parfait, le tribunal est *functus* en ce qui concerne l'al. a) du par. (1) de l'art. 11. On a jugé que si les pouvoirs prévus par cet alinéa doivent être exercés efficacement, ils doivent être exercés en même temps qu'est rendu parfait le jugement conditionnel, et de manière complète, et qu'aucune mesure, telle que la fixation d'une somme globale ou de sommes échelonnées, ne peut être prise par la suite.

En somme, d'après la Cour d'appel, bien que le Juge Gould ait, comme partie du jugement conditionnel, reconnu un droit à l'entretien, et ordonné un renvoi au registraire afin qu'il recommande une allocation appropriée, aucune ordonnance ne pouvait être rendue pour fixer le montant de l'allocation d'entretien une fois le jugement signé par le registraire et le sceau judiciaire apposé.

Le jugement de la Cour d'appel est fondé sur trois motifs:

[TRADUCTION] Ma conclusion est que le mot «Upon» (En) figurant à l'art. 11, par. (1), dénote la simultanéité. Ma conclusion est fondée principalement sur le sens ordinaire du mot, sur l'emploi

opening words in s. 11(1) "En prononçant un jugement conditionnel de divorce".

With respect to the first reason, the Court was influenced by decisions of the Court of Appeal for Manitoba and the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta.

In *Whyte v. Whyte*, which has already been cited on the constitutional issue, Monnin J.A., delivering the judgment of the Court, refused to subscribe to the theory that if, upon granting the decree *nisi*, no award of maintenance was made to the former wife, she might be forever barred. However, in a subsequent decision, in a case in which Monnin J.A. also sat, that position was reversed (*Daudrich v. Daudrich*<sup>9</sup>). The judgment of Tritschler C.J.Q.B. at trial was approved in which he had supported the strict or narrow construction of the word "Upon" in s. 11(1).

The facts before him were not similar to those in the present case. A decree *nisi* had been pronounced which contained no order as to maintenance, and the trial judge, before making his order, had considered that issue. The motion before the Chief Justice was to vary that order so as to require the payment of maintenance and was made several months after the decree had been made absolute.

In *Radke v. Radke*<sup>10</sup>, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, by a majority decision, preferred the view expressed by Tritschler C.J.Q.B. in the *Daudrich* case over

opposé des mots «upon or after» (lors . . . ou par la suite) figurant à l'art. 13, par. (2), et sur la version française des premiers mots du par. (1) de l'art. 11: «En prononçant un jugement conditionnel de divorce».

En ce qui concerne le premier motif, la Cour a été influencée par les décisions de la Cour d'appel du Manitoba et de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta.

Dans l'affaire *Whyte v. Whyte*, qui a déjà été citée à propos de la question constitutionnelle, le Juge d'appel Monnin, en prononçant le jugement de la Cour, a refusé de souscrire au raisonnement suivant lequel si, en prononçant le jugement conditionnel, aucune allocation d'entretien n'a été accordée à l'ancienne épouse, celle-ci pourrait être pour toujours irrecevable à en réclamer. Cependant, dans une décision subséquente, relative à une cause dans laquelle le Juge Monnin siégeait également en Cour d'appel, ce point de vue a été infirmé (arrêt *Daudrich v. Daudrich*<sup>9</sup>). Le jugement que le Juge en chef de la Cour du banc de la reine, le Juge Tritschler, avait prononcé en première instance a été approuvé, jugement dans lequel il avait adhéré à l'interprétation stricte ou étroite du mot «Upon» (En) figurant à l'article 11, par. (1).

Les faits soumis à son examen n'étaient pas semblables à ceux que nous avons dans la présente affaire. Un jugement conditionnel avait été prononcé qui ne contenait aucune ordonnance relative à l'entretien, et le juge de première instance, avant de statuer, avait tenu compte de cette question. La requête présentée au Juge en chef avait pour but de modifier le dispositif du jugement de manière à exiger le paiement d'une allocation d'entretien, et elle avait été présentée plusieurs mois après que le jugement eut été rendu irrévocable.

Dans l'affaire *Radke v. Radke*<sup>10</sup>, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, par une décision majoritaire, a préféré à celui exposé par le Juge d'appel Monnin dans l'affaire *Whyte*

<sup>9</sup> [1972] 2 W.W.R. 157.

<sup>10</sup> [1971] 5 W.W.R. 113.

<sup>9</sup> [1972] 2 W.W.R. 157.

<sup>10</sup> [1971] 5 W.W.R. 113.

that stated by Monnin J.A. in the *Whyte* case. At the time of the judgment in the *Radke* case, the judgment of the Court of Appeal in *Daudrich* had not been delivered.

Allen J.A., who delivered the majority decision, said that "the silence of the decree nisi on the subject of maintenance bars further proceedings in this action for that relief".

Again, in *Radke*, the facts were not similar to those in the present case. There had been a consent judgment for judicial separation, before divorce proceedings were commenced, and the judgment directed a property division and ordered the payment of maintenance. The subsequent divorce proceedings resulted in a decree *nisi* being granted. The trial judge, after mentioning the result of the proceedings for judicial separation, went on to say that no other relief had been asked. No order for maintenance was made in the divorce proceedings. Later, application was made to another judge for an order confirming, in the divorce proceedings, the order for maintenance made in the judicial separation action. The Appellate Division, while holding that such order could not be made, in the light of its interpretation of s. 11(1) of the Act, ruled that the provision for maintenance made in the earlier action survived the divorce proceedings.

The issue as to the meaning of "Upon" in s. 11(1) was referred to by the Court of Appeal for Ontario in *Suriano v. Suriano*<sup>11</sup>, in which an application to claim corollary relief was made after a decree *nisi* had been granted, which had

le point de vue exprimé dans l'affaire *Daudrich* par le Juge Tritschler, Juge en chef de la Cour du banc de la reine. A l'époque où le jugement de l'affaire *Radke* fut prononcé, le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Daudrich* n'avait pas été rendu.

Le Juge d'appel Allen, qui prononça le jugement majoritaire, déclare que [TRADUCTION] «le silence du jugement conditionnel sur la question de l'entretien exclut toute procédure ultérieure en l'instance en vue d'une mesure quelconque à cet égard.»

Dans l'affaire *Radke* également, les faits n'étaient pas semblables à ceux de la présente affaire. Un jugement de séparation de corps avait été rendu sur consentement des parties avant les procédures de divorce, et ce jugement prescrivait un partage des biens et ordonnait le paiement d'une allocation d'entretien. À la suite des procédures de divorce qui ont suivi, on accorda un jugement conditionnel de divorce. Le juge de première instance, après avoir mentionné le résultat des procédures de séparation de corps, poursuivit en disant qu'aucune autre mesure n'avait été demandée. Aucune ordonnance en vue d'une allocation d'entretien ne fut rendue dans les procédures de divorce. Plus tard, une demande a été adressée à un autre juge pour obtenir une ordonnance confirmant, dans les procédures de divorce, l'ordonnance accordant une allocation d'entretien qui avait été rendue dans l'action en séparation de corps. La Division d'appel, bien qu'estimant qu'une telle ordonnance ne pouvait pas être rendue, à la lumière de son interprétation de l'art. 11, par. (1) de la Loi, a décidé que les mesures relatives à l'entretien prononcées dans l'action précédente subsistaient encore après les procédures de divorce.

La question du sens du terme «Upon» (En), à l'art. 11, par. (1), a été mentionnée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Suriano v. Suriano*<sup>11</sup>, dans laquelle une demande en vue de mesures accessoires avait été faite après qu'un

<sup>11</sup> [1972] 1 O.R. 125.

<sup>11</sup> [1972] 1 O.R. 125.

made no provision for maintenance. The Court expressed no decided opinion on the issue now before us, but it decided, in view of the allegation that the order *nisi* had been made as a result of a mistaken belief as to the facts, induced by one of the parties, to remit the case for further consideration in the light of the circumstances of which the trial judge had been unaware.

Even if the interpretation placed upon the word "Upon" in s. 11(1) in *Daudrich* and in *Radke* were the proper one, it does not follow that the conclusion reached by the Court of Appeal in this case is correct. Both of those cases dealt with a situation in which, after consideration of the question of maintenance, the judge who granted the decree *nisi* refused to make an order for maintenance. In the present case the trial judge not only considered the matter of maintenance, but declared the appellant's entitlement to it. He did not, at that moment, fix the amount, because clearly, in the light of the lengthy hearings before the Registrar, that was a complicated matter which could not be determined instantaneously. The Registrar was asked to recommend the proper amount to be allowed. I agree with the view expressed by McKay J. that the hearing before the Registrar and the application to confirm were merely extensions of the order which had declared the entitlement. At the time the decree *nisi* was made there was an order, under s. 11(1), to pay maintenance in an amount to be fixed after the reference to the Registrar had been completed and his recommendation made.

I do not accept the proposition that the use of the word "Upon" in s. 11(1) compels the trial judge, in a case in which he is of the opinion that a claim for maintenance is justified, to fix

jugement conditionnel eut été prononcé, jugement qui n'avait pas prévu l'octroi d'une allocation d'entretien. La Cour n'a exprimé aucune opinion bien arrêtée sur la question présentement en litige, mais elle a décidé, vu l'allégation suivant laquelle le jugement conditionnel avait été rendu par suite d'une fausse interprétation des faits provoquée par l'une des parties, de renvoyer l'affaire pour plus ample examen à la lumière des circonstances dont le juge de première instance n'avait pas été au courant.

Même si l'interprétation donnée au terme «Upon» de l'art. 11, par. (1), dans l'affaire *Daudrich* et dans l'affaire *Radke* était la bonne, il ne s'ensuit pas que la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel dans la présente affaire soit juste. Ces deux affaires portaient sur une situation dans laquelle, après examen de la question de l'entretien, le juge qui avait prononcé le jugement conditionnel avait refusé de rendre une ordonnance d'entretien. Dans la présente affaire, le juge de première instance n'a pas seulement examiné la question de l'entretien, mais il a déclaré que l'appelante y avait droit. Il n'a pas, à ce moment-là, fixé le montant de l'allocation, car il est évident, si l'on considère les longues auditions tenues devant le registraire, qu'il s'agissait là d'une affaire compliquée qui ne pouvait être réglée instantanément. On a demandé au registraire, d'indiquer la somme qu'il convenait d'allouer. Je me range à l'avis exprimé par le Juge McKay suivant lequel l'audition tenue devant le registraire et la demande de confirmation n'étaient simplement que des éléments complémentaires de l'ordonnance qui avait reconnu le droit à l'allocation. Au moment où le jugement conditionnel a été rendu, il y avait une ordonnance, rendue en vertu de l'art. 11, par. (1), qui prévoyait le paiement d'une allocation d'entretien selon le montant qui serait fixé après le retour du renvoi soumis au registraire et la recommandation de ce dernier.

Je n'accepte pas l'argument suivant lequel l'emploi du terme «Upon» figurant à l'art. 11, par. (1), oblige le juge de première instance, dans une affaire où il est d'avis qu'une réclama-

the actual amount at the moment he grants the decree *nisi*. Chief Justice Denman, in *R. v. Arkwright*<sup>12</sup>, at p. 970, relied upon a definition of the meaning of the word "upon" where used in a statute stated by Tindal C.J. in *R. v. Humphery*<sup>13</sup>, at p. 370. Chief Justice Denman said:

The words "on" or "upon" (it has been decided) may "either mean *before* the act done to which it relates, or *simultaneously with* the act done, or *after* the act done, according as reason and good sense require," "with reference to the context, and the subject matter of the enactment."

The quotation from Tindal C.J. was cited and applied in this Court by Kellock J. in *Rowe v. The King*<sup>14</sup>, at p. 719.

The meaning of the word, as used in s. 11(1), must be determined in the light of the fact that legislation by Parliament in relation to alimony, maintenance and the custody of children would only be within its powers if associated with and as a part of legislation in relation to the subject-matter of divorce. It is my opinion that when it was provided that the court could deal with those matters "Upon granting a decree nisi of divorce" it was meant that it was only when a divorce was granted that the court acquired the necessary jurisdiction to deal with those subjects. The words did not mean that those subjects could only be dealt with at exactly the same time that the decree *nisi* for divorce was granted.

The use of the word "upon" in s. 13(2) does present a difficulty, but it is one to which there is an answer. Section 13(1) provides that a decree *nisi* shall not be made absolute until three months have elapsed from the granting of

tion en vue d'obtenir une allocation d'entretien est justifiée, à fixer le montant de l'allocation au moment où il prononce le jugement conditionnel. Le Juge en chef Denman, dans l'affaire *R. v. Arkwright*<sup>12</sup>, p. 970, s'est appuyé sur la définition du terme «Upon», lorsque employé dans une loi, qu'avait donnée le Juge en chef Tindal dans l'affaire *R. v. Humphery*<sup>13</sup>, p. 370. Le Juge en chef Denman a déclaré:

[TRADUCTION] Les mots anglais «on» ou «upon» (a-t-on décidé) peuvent [TRADUCTION] «signifier: avant l'acte accompli auquel le mot se réfère, ou simultanément avec l'acte accompli, ou encore, après l'acte accompli; suivant ce que dictent la logique et le bon sens,» «d'après le contexte, et le sujet traité par le texte de loi.»

Le passage extrait du jugement du Juge en chef Tindal a été cité et appliqué en cette Cour par le Juge Kellock dans l'affaire *Rowe c. The King*<sup>14</sup>, p. 719.

La signification du mot, tel qu'il est utilisé à l'art. 11, par. (1), doit être déterminée en se basant sur le fait que la législation du Parlement concernant la pension alimentaire, l'entretien et la garde des enfants ne peut être du ressort du Parlement que si elle est liée à la législation concernant le divorce et en fait partie. Je suis d'avis que lorsqu'on a prévu que le tribunal pouvait statuer sur ces matières «en (upon) prononçant un jugement conditionnel de divorce», on voulait dire que ce n'est que quand un divorce est prononcé que le tribunal acquiert la compétence nécessaire pour statuer sur elles. Ces mots ne veulent pas dire que l'on ne peut statuer sur ces matières qu'au moment même, exactement, où est prononcé le jugement conditionnel.

L'emploi du mot «upon» (lors), à l'article 13, par. (2), soulève une difficulté, à laquelle il existe cependant une réponse. L'article 13, par. (1) prévoit qu'un jugement conditionnel ne doit pas devenir irrévocable avant l'expiration des

<sup>12</sup> (1848), 12 Q.B. 960, 116 E.R. 1130.

<sup>13</sup> (1839), 10 Ad. & El. 335, 113 E.R. 128.

<sup>14</sup> [1951] S.C.R. 713, [1951] 4 D.L.R. 238.

<sup>12</sup> (1848), 12 Q.B. 960, 116 E.R. 1130.

<sup>13</sup> (1839), 10 Ad. & El. 335, 113 E.R. 128.

<sup>14</sup> [1951] R.C.S. 713, [1951] 4 D.L.R. 238.

that decree. Subsection (2) contains a proviso to enable a court to reduce that three-month period, or even to make the decree *nisi* an absolute order. It provides that "upon or after the granting of a decree nisi of divorce" where a court is of opinion that it would be in the public interest for the decree *nisi* to be made absolute in a shorter period it may, subject to certain conditions, fix a shorter time or may make the decree absolute. The word "upon" is here used in an entirely different context. The provision was enacted to enable the court to make the decree *nisi* absolute at the very time it was enacted, or, later, after the granting of the decree *nisi*, to reduce the three-month period. This provision is one in which, in its context, the word "upon" was intended to mean "simultaneously with the act done". "Reason and good sense" do not require that the word should have the same meaning when used in s. 11(1). They dictate exactly the opposite.

The Manitoba Court of Appeal in *Daudrich* felt that its interpretation of s. 11(1) was required by the French version of the opening words of s. 11(1), which read: "En prononçant un jugement conditionnel de divorce . . ." I do not agree with this conclusion. In Quillet, Dictionnaire Encyclopédique (1958), the following meaning of "en" is given:

EN avec le participe présent constitue une locution dite gérondif, formant des compléments circonstanciels qui expriment, soit la cause: En tombant il s'est démis le pied; c'est en forgeant qu'on devient forgeron; soit le temps: En arrivant, j'irai le voir; soit la manière: Elle travaille en chantant.

Similarly in Robert, Dictionnaire de la langue française, vol. II, (1960), "en" is defined:

Gérondif, Devant le participe présent, EN sert à former le gérondif qui exprime le temps, la manière, la cause . . . L'appétit vient en mangeant. Ronfler en dormant. Sourire en se rappelant quelque chose. En

trois mois qui suivent la date où le jugement a été prononcé. Le paragraphe (2) contient une réserve qui permet au tribunal de réduire cette période, ou même de rendre irrévocable le jugement conditionnel. Il prévoit que «lors (upon) du prononcé d'un jugement conditionnel de divorce ou par la suite (or after)», si un tribunal est d'avis qu'il serait dans l'intérêt public que le jugement conditionnel soit rendu irrévocable dans un délai plus court, il peut, sous réserve de certaines conditions, fixer un délai plus court ou rendre le jugement irrévocable. Le mot anglais «Upon» est ici employé dans un contexte entièrement différent. La disposition a été adoptée pour permettre au tribunal de rendre le jugement conditionnel irrévocable au moment même de son adoption, ou, plus tard, après le prononcé du jugement conditionnel, de réduire le délai. Cette disposition en est une dans laquelle le mot anglais «Upon» (lors), dans son contexte, veut dire «en même temps que l'acte accompli». «La logique et le bon sens» n'exigent pas que le mot ait le même sens lorsqu'il est employé à l'art. 11, par. (1). Elles dictent exactement le contraire.

La Cour d'appel du Manitoba a estimé, dans l'affaire *Daudrich*, que son interprétation de l'art. 11, par. (1) était commandée par la version française des premiers mots de l'art. 11, par. (1), qui sont les suivants: «En prononçant un jugement conditionnel de divorce . . .» Je ne partage pas cette conclusion. Le dictionnaire encyclopédique Quillet (1958) donne de «en» le sens suivant:

EN avec le participe présent constitue une locution dite gérondif, formant des compléments circonstanciels qui expriment, soit la cause: En tombant il s'est démis le pied; c'est en forgeant qu'on devient forgeron; soit le temps: En arrivant, j'irai le voir; soit la manière: Elle travaille en chantant.

De même, dans le Robert, Dictionnaire de la langue française, Volume II, (1960), «en» est ainsi défini:

Gérondif, Devant le participe présent, EN sert à former le gérondif qui exprime le temps, la manière, la cause . . . L'appétit vient en mangeant. Ronfler en dormant. Sourire en se rappelant quelque chose. En

entrant, il trouva sa maison en désordre. La situation va en s'améliorant, ou va s'améliorant.

In my opinion, the interpretation which I have placed upon the word "Upon" in the light of the constitutional position of Parliament in enacting this legislation, is not altered by reason of the French version, which is entirely consistent with it.

Applying my interpretation of s. 11(1), Gould J. acted within his jurisdiction in making the order which he did, and the Court is properly entitled, upon receipt of the recommendation of the Registrar, to fix the proper amount of the maintenance which Gould J. has already decided that the appellant and the infant child are entitled to receive.

Counsel for the Attorney General of Canada invited us, in interpreting the meaning of the word "Upon" in s. 11(1), to hold that in every case, where a decree *nisi* of divorce has once been granted, the court may, at any time thereafter, make an order as to alimony, maintenance and the custody of children. It was submitted that the lapse of time after the granting of a decree *nisi*, or the intervening grant of a decree absolute, before such an order was sought would be only factors to be considered by the court to which the application was made. It is not necessary in this case, nor do I think it would be desirable, to endorse such a broad statement. In the present appeal, it is true that a decree absolute has been granted, but the right to maintenance had been declared at the time of the decree *nisi*, and the procedure to fix the amount had been launched before the decree absolute was made. What the position would be if no claim for alimony, maintenance or custody was made until after a decree absolute had been granted, or if an application therefor had been refused when the decree *nisi* was granted, is not in issue in this case, and I express no view thereon.

entrant, il trouva sa maison en désordre. La situation va en s'améliorant, ou va s'améliorant.

A mon avis, l'interprétation que j'ai donnée au mot anglais «Upon» en considérant la situation constitutionnelle du Parlement lorsqu'il a adopté cette législation, n'est pas modifiée du fait de la version française, qui est tout à fait en accord avec elle.

Appliquant mon interprétation de l'art. 11, par. (1), le Juge Gould a agi dans les limites de sa compétence en rendant son ordonnance, et le tribunal, dès qu'il reçoit la recommandation du registraire, est régulièrement habile à fixer le montant approprié de l'allocation relative à l'entretien auquel le Juge Gould a déjà décidé que l'appelante et l'enfant ont droit.

L'avocat représentant le procureur général du Canada nous a invités à décider, en interprétant le sens du mot «en» figurant à l'art. 11, par. (1), que le tribunal, dans tous les cas où un jugement conditionnel de divorce a déjà été prononcé, peut rendre à n'importe quel moment par la suite une ordonnance relative à la pension alimentaire, à l'entretien et à la garde des enfants. On a allégué que le laps de temps écoulé après le prononcé du jugement conditionnel, ou le prononcé d'un jugement irrévocable intervenu dans l'intervalle, avant qu'une telle ordonnance soit demandée, ne sont que des facteurs à être examinés par le tribunal saisi de la demande. Il n'est pas nécessaire en l'espèce, et il ne serait pas non plus, à mon avis, souhaitable de cautionner un énoncé si général. Dans le présent appel, il est vrai qu'un jugement irrévocable a été prononcé, mais le droit à l'entretien avait été reconnu au moment du jugement conditionnel, et la procédure pour en fixer le montant avait été entamée avant le prononcé du jugement irrévocable. Ce que serait la situation si aucune réclamation en vue d'obtenir une pension alimentaire, une allocation d'entretien ou la garde des enfants n'avait été faite sauf après le prononcé d'un jugement irrévocable, ou si une demande à cette fin avait été rejetée lors du prononcé du jugement conditionnel, n'est pas en litige dans la présente affaire et je n'exprimerai aucune opinion là-dessus.

In my opinion, the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal should be set aside and the order of McKay J. should be restored. The appellant should be entitled to her costs in this Court and in the Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Braidwood, Nut-tall & Co., Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: N. M. Fleishman, Vancouver.*

A mon avis, l'appel doit être accueilli, le juge-ment de la Cour d'appel doit être infirmé et l'ordonnance du Juge McKay doit être rétablie. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Braidwood, Nut-tall & Co., Vancouver.*

*Procureur de l'intimé: N. M. Fleishman, Vancouver.*