

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION: RENVOI RELATIF À L'ARTICLE 6 DE LA "FAMILY RELATIONS ACT" S.B.C. 1978, CHAP. 20 ET MODIFICATIONS

*Louise Bélanger-Hardy**

Lorsque madame Polglase se présenta à la Cour provinciale de Vancouver, en août 1979, afin d'obtenir la garde de son enfant, une pension alimentaire pour cet enfant et elle-même, l'occupation exclusive de la résidence familiale ainsi qu'une ordonnance interdisant l'accès des lieux à son époux, elle ne se doutait point qu'elle déclenchait ainsi un nouveau débat constitutionnel. Ce débat, repris en dernière instance par la Cour suprême du Canada, soulève le problème épineux que pose l'article 96 de la Loi constitutionnelle, cette fois dans le cadre du droit de la famille.

Le bref commentaire qui suit a pour but l'examen de cet arrêt récent, connu maintenant sous le nom, *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la "Family Relations Act", S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications*.¹ Après avoir analysé les jugements de la majorité et de la minorité, il s'agira surtout de se questionner d'une part, sur l'avenir de l'administration de la justice par les provinces en matière de droit familial, et d'autre part, sur la raison d'être de l'article 96 de la Loi constitutionnelle.

I. FAITS

En réponse à la demande de son épouse, monsieur Polglase se présenta en Cour suprême de la Colombie-Britannique pour requérir une ordonnance de prohibition contre le juge Boyle de la Cour provinciale afin de l'empêcher de rendre une décision sous l'autorité de l'article 6 de la Family Relations Act, article sur lequel madame Polglase avait fondé son action. Les dispositions en cause se lisent comme suit:

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

* Étudiante en droit

¹ (Non rapporté, C.S.C. 26 janv. 1982).

- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;
- c) l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire;
- d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve;
- et
- e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.²

Selon monsieur Polglase, la portée de l'article 96³ de la Loi constitutionnelle ne permettait pas à la province d'attribuer à la Cour provinciale⁴ compétence sur les matières énumérées à l'article 6. Il alléguait que seuls les juges des cours dites "supérieures", c'est-à-dire les cours mentionnées à l'article 96, avaient compétence sur des questions comme la garde d'un enfant, la tutelle à la personne d'un enfant, l'occupation de la résidence familiale ainsi que l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire et d'interdiction d'entrer.

Le juge Hutcheon,⁵ auquel il incombait de trancher la question, décida d'accorder l'ordonnance de prohibition. Il déclara que les alinéas b), d) et e) de l'article 6(1) de la Family Relations Act, étaient invalides parce qu'ils allaient à l'encontre de l'article 96 de la Loi constitutionnelle. Toutefois, l'alinéa c), c'est-à-dire le pouvoir de rendre des ordonnances de pension alimentaire, fut déclaré valide. Notons qu'à ce niveau-ci, le juge n'eut pas à se prononcer sur la question de la tutelle à la personne d'un enfant, c'est-à-dire l'alinéa a) de l'article 6(1).

A la suite de cette décision, le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique, par un décret en date du 6 décembre 1979, pris en vertu de la Constitutional Questions Determination Act,⁶ renvoya la question suivante à la Cour d'appel de cette province: "Les alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la Family Relations Act, S.B.C. 1978, chap. 20, et modifications sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique?" Il faut noter que l'on demandait à la Cour d'appel de se prononcer également sur la question de la tutelle à la personne d'un enfant. Par contre, l'alinéa c), (l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire), n'était pas remis en question puisque dans l'affaire *Polglase* on avait confirmé la compétence législative provinciale dans ce domaine.

² Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 6(1) [Traduction].

³ L'article 96 se lit comme suit: "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-Ecosse et le Nouveau-Brunswick." S.R.C. 1970 (App. II).

⁴ Il faut noter ici qu'à la Cour provinciale, les juges ne sont pas nommés par le gouverneur général du Canada.

⁵ Polglase c. Polglase, 16 B.C.L.R. 378, 12 R.F.L. (2d) 296, 106 D.L.R. (3d) 601 (C.S. 1979).

⁶ R.S.B.C. 1960, c. 72 (*remplacé par* Constitutional Questions Act, R.S.B.C. 1979, c. 63).

Le juge Hinkson⁷ se fit le porte-parole de la Cour et répondit par l'affirmative à la question posée, en ce qui concerne tous les alinéas mentionnés. Evidemment mécontent du verdict rendu par la Cour d'appel, le procureur général de la province porta l'affaire devant la Cour suprême du Canada.⁸

II. LE POINT EN LITIGE

Il est difficile d'imaginer qu'une disposition pourtant simple comme l'article 96 de la Loi constitutionnelle ait engendré de sérieux problèmes constitutionnels. Ceux-ci ont surgi surtout à cause de l'interprétation particulière trouvée dans les arrêts concernant l'article en question.⁹ En effet, au lieu d'y voir une simple directive quant à la responsabilité de nommer les juges de certaines cours canadiennes, on en a fait la principale limite au pouvoir des provinces d'administrer les cours de justice. Ce pouvoir leur est conféré par l'article 92(14).¹⁰

Il est vrai qu'une lecture littérale de l'article 96 permettrait aux provinces de contourner facilement sa portée. Elles n'auraient qu'à créer une nouvelle cour, la qualifier de cour inférieure, y nommer elles-mêmes les juges et ainsi leur conférer une compétence illimitée.¹¹ Afin d'éviter ceci, on a développé dans la jurisprudence le principe qui suit: si une province confère à une cour de juridiction sommaire une compétence qui devrait normalement appartenir à une cour supérieure, de district ou de comté, cette cour doit être présidée par des juges nommés par le gouverneur général du Canada; les juges nommés par la province n'ont aucune compétence en la matière. Depuis l'enchâssement de ce principe, il s'est avéré plus difficile de déterminer le genre de fonctions qui relèvent des cours désignées à l'article 96. Un juriste canadien éminent a écrit:

The attempt has not been successful, and it is difficult to predict with confidence how the courts will characterize particular adjudicatory functions.

⁷ Reference *re* Section 6 of The Family Relations Act, 1978, 23 B.C.L.R. 152, 18 R.F.L. (2d) 17, 116 D.L.R. (3d) 221 (C.A. 1980).

⁸ Notons que dans une ordonnance en date du 22 juil. 1980, Monsieur le juge en chef Laskin reformule la question en litige de la façon suivante: "La province de la Colombie-Britannique a-t-elle le pouvoir de légiférer de manière à attribuer à la Cour provinciale (dont les juges ne sont pas nommés par le gouverneur-général) compétence sur les questions énoncées aux alinéas a) b) d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 du Family Relations Act, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications."

⁹ Willis, *Section 96 and the B.N.A. Act Re-examined*, 18 CAN. B. REV. 517 (1940); Laskin, *Municipal Tax Assessment and Section 96 of the British North America Act: The Olympia Bowling Alleys Case*, 33 CAN. B. REV. 993 (1955).

¹⁰ L'article 92(14) se lit comme suit: "L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux."

¹¹ Willis, *supra* note 9, à 520.

The uncertainty of the law . . . could be a serious deterrent to the conferral of new adjudicatory functions on inferior courts . . . and a consequent impediment to much new regulatory or social policy.¹²

L'auteur ajoute que les cours ont tout de même réussi à ne pas trop restreindre le pouvoir des cours inférieures. Selon nous, les conséquences qu'entraîne l'affaire que nous allons étudier démontrent qu'en matière de droit familial un tel optimisme n'est plus de mise.

III. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

A. Argumentation

Il semble pertinent de présenter d'abord un résumé de l'argumentation de l'appelant qui d'ailleurs, fut adoptée par plusieurs intervenants.¹³ Cette argumentation repose sur l'analyse faite par le juge Duff dans l'affaire *Renvoi sur l'adoption*.¹⁴ En effet, selon le procureur général, le test posé par le juge en chef en 1938 pour déterminer si une loi ou certaines dispositions d'une loi, confèrent à une cour inférieure¹⁵ une compétence qui n'empiète pas sur l'article 96 en est un qui comporte deux facettes. D'abord, il faut se demander si la compétence, dont les juges des cours inférieures sont investis par une loi quelconque, correspond de manière générale au type de compétence que les cours inférieures possédaient en 1867. Si la réponse est affirmative, la loi provinciale est un exercice législatif valide. Deuxièmement, si la réponse à la première question est négative, il faut faire un pas de plus et se demander si l'augmentation de la compétence ou des pouvoirs de la cour inférieure a pour effet d'en faire une cour d'une nature ou d'une classe prévue à l'article 96. S'il en est ainsi, la loi provinciale est *ultra vires*. Selon l'appelant, la Cour suprême du Canada a adopté ce double test dans l'affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd.*¹⁶ Fort de cette prémisse, il s'empresse d'argumenter d'une part, que les alinéas a), b), d) et e) de l'article 6(1) de la Family Relations Act confèrent au juge de la Cour provinciale une compétence qui correspond de manière générale à un type de compétence que les cours de juridiction sommaire exerçaient au moment de la Confédération. D'autre part, la portée de ces mêmes alinéas n'a pas comme résultat d'augmenter

¹² P. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 131 (1977).

¹³ Les procureurs généraux du Québec et du Manitoba adoptent en entier les arguments de l'appelant, tandis que ceux de la Nouvelle-Ecosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Alberta et de l'Ontario présentent des arguments semblables.

¹⁴ [1938] R.C.S. 398, 71 C.C.C. 110, [1938] 3 D.L.R. 497.

¹⁵ Quand nous utiliserons l'expression "cour inférieure" nous voulons désigner les cours de juridiction sommaire dont les juges sont nommés par la province. Par contre, l'expression "cour supérieure" rapporte aux cours sous l'empire de l'article 96. Enfin, notons que la Cour provinciale de la Colombie-Britannique est une cour inférieure.

¹⁶ [1949] A.C. 134, [1948] 4 D.L.R. 673 (C.P.).

les pouvoirs de la Cour provinciale de façon à en faire une cour désignée à l'article 96. Au contraire, toujours selon l'appelant, les dispositions de l'article 6 représentent un exercice valide du pouvoir législatif provincial qui s'inscrit dans le cadre d'un système global visant à faciliter le règlement des conflits familiaux.

B. *Décision de la Cour suprême du Canada*

Face aux deux arguments ainsi posés par l'appelant, le résultat des jugements rendus par la Cour suprême est le suivant: la province a le pouvoir législatif d'attribuer à la Cour provinciale compétence quant aux matières énumérées aux alinéas a) et b) de l'article 6 de la Family Relations Act, c'est-à-dire la tutelle à la personne d'un enfant ainsi que la garde d'un enfant et le droit de lui rendre visite. Le juge en chef Laskin, secondé par le juge Ritchie, se montre dissident sur ce point. Par contre, tous affirment que la province n'a pas le pouvoir législatif d'attribuer à la Cour provinciale compétence quant aux matières énumérées aux alinéas d) et e) de l'article 6(1), c'est-à-dire l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve, ainsi que l'exécution d'ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

C. *L'opinion de la majorité*

La première partie du jugement de la majorité rendu par le juge Estey vise à déterminer le test qui permettra de résoudre la question en litige. On énonce d'abord le test suggéré par le juge Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*,¹⁷ c'est-à-dire la compétence donnée à une cour inférieure par une loi quelconque se conforme-t-elle généralement au type de compétence que possédaient les cours de juridiction sommaire en 1867? On considère ensuite le test élaboré par le Conseil privé dans l'arrêt *John East Iron Works*,¹⁸ c'est-à-dire: est-ce que la compétence accordée à une cour inférieure par une loi quelconque se conforme généralement au type de compétence que possédaient les cours visées à l'article 96 en 1867? En considérant ces deux approches, le juge Estey remarque que le deuxième test s'avère beaucoup plus favorable pour les provinces parce qu'une fonction qui ne relève pas de la juridiction des cours supérieures relève automatiquement de la juridiction des cours qui ne sont pas sous l'empire de l'article 96.

La deuxième partie du jugement se caractérise par la réflexion du juge Estey au sujet des circonstances où l'approche décrite dans l'affaire *John East Iron Works* s'appliquerait. Il constate qu'elle fut utilisée

¹⁷ *Supra* note 14.

¹⁸ *Supra* note 16.

surtout dans le cadre du droit administratif.¹⁹ Toutefois, il écrit: [Traduction] "Souvent, soit en raison de la nature des droits et des obligations que créent ces lois, soit parce que ces droits et obligations s'adressent à une partie précise de la collectivité, l'application et l'interprétation desdites lois se fait mieux et de façon plus expéditive par le moyen des procédures moins formelles et moins exigeantes des cours provinciales."²⁰

Dans la troisième partie de son jugement, le juge Estey s'attaque plus particulièrement aux deux matières qui font l'objet d'une divergence d'opinion entre la majorité et la minorité: d'une part, la tutelle à la personne d'un enfant et d'autre part, la garde d'un enfant et le droit de lui rendre visite. Il rejette la thèse qui préconise que les cours supérieures possédaient, au moment de la Confédération, une compétence large et générale. En se servant de la doctrine de *parens patriae*,²¹ il démontre que la compétence inhérente aux cours supérieures n'était ni générale ni exclusive. "[L]es partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence historique d'aucune compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce."²²

Pour conclure, le juge Estey se tourne vers les dispositions pertinentes de la Family Relations Act quant à la tutelle à la personne d'un enfant, à la garde d'un enfant et au droit de lui rendre visite. Il reprend certaines idées qu'il vient d'élaborer et les applique de la façon suivante: à travers le développement historique et constitutionnel canadien, on en est venu à reconnaître, de façon de plus en plus significative, la capacité des provinces de légiférer et d'instituer des programmes sociaux quant aux matières qui relèvent de leurs pouvoirs et de donner aux juges qu'elles nomment compétence en ces matières. Afin de le faire, on a, d'une part, implicitement accepté que le rôle de la Loi constitutionnelle ne visait pas à limiter l'implantation de ces programmes sociaux par les provinces, mais d'autre part on a cru bon d'y placer certaines bornes. Ainsi, il est loisible aux provinces d'instaurer de telles lois et de tels programmes, tant que les fonctions judiciaires qu'elles assignent aux juges qu'elles nomment ne correspondent pas de manière générale au type de compétence que les cours supérieures exerçaient en 1867. On adopte donc l'approche plus libérale du Conseil privé dans *John East Iron Works* et on l'applique tel que suggéré ci-dessus, c'est-à-dire non seulement dans le contexte du droit administratif mais également dans le contexte où les droits et les obligations créés par une loi seront mieux interprétés par les cours inférieures.

¹⁹ E.g., *John East Iron Works, id.*; *Tomko c. Labour Rel. Bd. (N.-E.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, 14 N.S.R. (2d) 291, 69 D.L.R. (3d) 250 (1975); *Procureur général de la province de Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 86 D.L.R. (3d) 161.

²⁰ Voir p. 20 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge Estey).

²¹ Réfère à la juridiction inhérente des cours supérieures en ce qui a trait aux enfants et aux personnes défavorisées.

²² Voir p. 25 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge Estey).

En examinant les pouvoirs attribués aux cours supérieures au moment de la Confédération, on constate que leur compétence en ce qui a trait à la tutelle à la personne d'un enfant, à la garde d'un enfant et au droit de lui rendre visite, n'était ni générale ni exclusive. D'une part, les cours inférieures ont toujours eu une certaine compétence dans ces domaines, comme le démontrent l'affaire *Renvoi sur l'adoption* ainsi que l'analyse du juge Duff, particulièrement en ce qui concerne le Children's Protection Act.²³ D'autre part, à ces mêmes cours, on a donné très tôt compétence en ce qui a trait à l'adoption. Puisque cette matière se fixe à l'échelon le plus élevé dans la classification des relations familiales, il semble normal que ces cours inférieures se voient également dotées d'une compétence dans des domaines comme la tutelle et la garde d'un enfant qui, dans la classification des relations familiales, sont subsumées sous l'adoption. Voilà l'essentiel du jugement de la majorité dans cet arrêt.

D. La dissidence

Dans la formulation de son jugement, le juge en chef Laskin s'en tient aux deux arguments émis par le procureur général de la province. Il répond d'abord à la deuxième allégation qui, on s'en souvient, suggère que tant que la Family Relations Act n'a pas pour effet de transformer le caractère judiciaire de la Cour provinciale de façon à créer une cour supérieure, les juges nommés par la province ont pleine compétence quant à toutes les matières énumérées à l'article 6(1). L'appelant ajoute toutefois que la Cour provinciale se transformerait en cour désignée à l'article 96 uniquement si on effectue le transfert d'une compétence qui, au moment de la Confédération, appartenait exclusivement aux cours supérieures. Etant donné que ces dernières n'avaient pas en 1867 cette compétence exclusive dans le domaine des relations familiales, les provinces peuvent donc remettre ce genre de pouvoirs aux juges qu'elles nomment.

Le juge en chef n'accepte pas cet argument et soutient que le procureur général confond la compétence d'une cour avec son caractère essentiel. Il suggère que rien dans la jurisprudence ne justifie l'attribution à une cour inférieure d'une fonction relevant des cours nommées à l'article 96 sous prétexte que le caractère de la cour inférieure ne se transforme pas. Plutôt, on déduit des jugements le principe suivant: si une fonction attribuée à une cour provinciale en est une qui, au moment de la Confédération, appartenait à une cour de juridiction supérieure, cette fonction est *ultra vires* de la province. Il conclut donc que la soumission de l'appelant est basée sur une mauvaise compréhension des arrêts pertinents dans le domaine et il la rejette.

²³ R.S.O. 1937, c. 312.

Le juge en chef Laskin répond ensuite à la première allégation de l'appelant. En premier lieu, de même que le juge Éstey, il considère quel sera le meilleur test pour résoudre la question en litige. Selon lui, que l'on choisisse l'approche de l'arrêt *Renvoi sur l'adoption* ou encore celle de l'arrêt *John East Iron Works*, il s'agit de comparer la compétence respective des cours supérieures et des cours inférieures au moment de la Confédération, afin de déterminer si la compétence donnée à la Cour provinciale par la loi en l'espèce se conforme plus exactement à la compétence des cours inférieures ou à celle des cours supérieures. Lors de cette démarche, il ne faut pas se limiter aux antécédents historiques surtout si ceux-ci visent seulement les cours inférieures. En effet, explique le juge en chef, ce n'est pas le rôle de la Cour suprême du Canada de se servir d'une compétence "anormale" attribuée aux cours inférieures au moment de la Confédération afin de contourner l'article 96.

En second lieu, le juge Laskin discute de la décision du juge Duff dans le *Renvoi sur l'adoption* et reprend les quatre lois qui faisaient l'objet du litige à cette époque. Les commentaires les plus pertinents traitent de The Adoption Act.²⁴ Selon le juge Duff, il était incontestable que la législature ontarienne avait le pouvoir d'adopter une telle loi²⁵ et ainsi d'accorder aux juges des cours provinciales l'autorité nécessaire pour se prononcer en la matière. Par contre, selon le juge Laskin, la province n'a pas l'autorité d'investir une cour provinciale d'une compétence générale en matière d'adoption. Il écrit: "[J]e serais porté à croire qu'il y a davantage lieu de situer la compétence en matière d'adoption au nombre des fonctions relevant de l'article 96."²⁶

En ce qui concerne les trois autres lois considérées par le juge Duff,²⁷ les commentaires du juge en chef Laskin sont moins critiques. En effet, il accepte essentiellement le raisonnement de son prédécesseur mais, en ce qui concerne les dispositions contestées de la Family Relations Act, il affirme qu'elles ne peuvent reposer sur les mêmes considérations qu'en 1938. Il ajoute que, même s'il n'y a aucun parallèle entre la Family Relations Act et les lois dont le juge Duff était saisi, la question de base reste la même: la compétence conférée à la Cour provinciale par la Family Relations Act se conforme-t-elle de manière générale à la compétence que les lois en cause dans le *Renvoi sur l'adoption* conféraient aux cours inférieures en 1867?

²⁴ R.S.O. 1937, c. 218.

²⁵ Il écrit: "Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218, appears to me too clear for discussion and I add nothing to that." *Supra* note 14, à 410, 71 C.C.C. à 128, [1938] 3 D.L.R. à 512.

²⁶ Voir p. 17 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge en chef Laskin).

²⁷ The Children's Protection Act, R.S.O. 1937, c. 312; The Children of Unmarried Parents Act, R.S.O. 1937, c. 217; The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1937, c. 211.

En troisième lieu, le juge en chef répond à cette question au moyen d'un examen des précédents historiques. Il considère d'abord l'alinéa a) de l'article 6(1), c'est-à-dire la disposition concernant la tutelle à la personne d'un enfant. Il note d'abord que, selon l'article 25(1) de la Family Relations Act, la tutelle aux biens d'un enfant relève exclusivement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, tandis que la Cour suprême et la Cour provinciale ont compétence sur la personne de l'enfant. Cette dichotomie incongrue confirme le fait que la compétence dont la Cour provinciale se voit investie s'apparente fortement à celle des cours visées à l'article 96, surtout parce que la tutelle à la personne d'un enfant incluait traditionnellement la tutelle à ses biens. Ainsi la province n'a pas le pouvoir législatif d'attribuer à la Cour provinciale compétence en matière de tutelle, sauf (et ici ce n'est pas le cas selon le juge Laskin) si on peut assimiler cette compétence au genre de législation considérée par le juge Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*.

Pour appuyer sa conclusion, le juge en chef ajoute que la compétence de la Cour de chancellerie en matière de tutelle était incluse dans son pouvoir inhérent de *parens patriae*: un pouvoir précisément exclu de la portée des cours provinciales par l'article 6(2) de la Family Relations Act.

On passe ensuite à l'examen de l'alinéa b) de l'article 6(1), c'est-à-dire la garde d'un enfant et le droit de lui rendre visite. La conclusion du juge en chef est la même: la Cour provinciale n'a pas compétence en la matière. En examinant la situation pré-confédérative, le juge Laskin reconnaît que les cours inférieures et les cours supérieures avaient une certaine compétence sur ces questions. Néanmoins, ces matières relèvent davantage du type de compétence d'une cour sous l'empire de l'article 96 que de celui d'une cour inférieure. Il ajoute: "le bien-être ou le plus grand avantage de l'enfant" devient la considération la plus importante. Cette considération est une prérogative des cours supérieures et ne peut pas servir de base à la compétence des cours inférieures en la matière.

Ceci conclut la discussion des points de divergence entre le jugement de la majorité et le jugement dissident. En effet, la décision du juge Laskin vis-à-vis les alinéas d) et e), que nous allons maintenant examiner, fut adoptée à l'unanimité.

L'alinéa 6(1)(d) de la Family Relations Act traite de la question de l'occupation de la résidence familiale et de l'utilisation de ce qui s'y trouve. Notons d'abord qu'il est bien reconnu que la compétence en matière de propriété et de droits de propriété relève du domaine des cours supérieures.²⁸ Néanmoins, le procureur général de la Colombie-Britannique ainsi que quelques intervenants²⁹ alléguèrent qu'une ordonnance sous l'autorité de l'alinéa d) n'était pas une décision sur les droits

²⁸ *Re The Constitutional Questions Act*, 11 A.R. 451, [1978] 6 W.W.R. 152.

²⁹ Le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Nouvelle-Ecosse et le procureur général de l'Alberta.

de propriété des parties, mais plutôt un redressement provisoire sur la question d'occupation temporaire de la résidence familiale. Le juge en chef rejette cet argument. Il reconnaît que le droit d'occupation d'un lieu n'est pas la même chose qu'un droit de propriété et que les deux sont difficiles à distinguer. Il soumet qu'en l'espèce aucun facteur ne justifie une telle distinction. Une ordonnance sous l'alinéa 6(1)(d) de la Family Relations Act³⁰ a pour effet de disposer de certains biens familiaux et ceci relève du droit de propriété. Donc, cet alinéa confère à la Cour provinciale une compétence qui correspond davantage à celle qu'exerce ou peut exercer une cour visée à l'article 96.

Finalement, quant à la validité de l'alinéa e) de l'article 6(1), c'est-à-dire les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe, le résultat final est identique. Selon le juge Laskin, puisque l'injonction est un remède que seules les cours supérieures pouvaient traditionnellement dispenser, et que le genre d'ordonnances décrites à l'alinéa 6(1)(d) ainsi qu'à l'article 79 de la Family Relations Act ressemble davantage à une injonction qu'à une ordonnance de justice préventive, la Cour provinciale n'a pas compétence en la matière. Le juge en chef affirme donc qu'il ne peut pas justifier la compétence des cours inférieures en matière d'ordonnances de ne pas entrer, surtout lorsque d'autres sujets touchant les relations entre époux sont hors de la portée de ces cours.

En quatrième lieu, le juge Laskin répond à la prétention de l'appelant selon laquelle l'article 6(1) de la Family Relations Act s'inscrit dans le cadre d'un système global visant à faciliter le règlement des conflits familiaux dans un environnement juridique moins formel. Sa réponse est brève: "Il ne suffit pas de répondre que les cours provinciales sont plus accessibles à ceux qui requièrent un redressement en vertu de la Family Relations Act que ne l'est la Cour suprême, surtout dans les régions éloignées."³¹ Il donne deux raisons pour justifier cet énoncé. D'abord, le fait que la Cour suprême de la province reçoive une compétence concurrente selon la loi milite contre la possibilité d'un système global de droit familial au niveau des cours provinciales. Deuxièmement, la compétence donnée à la Cour provinciale est, dans ses composantes, une compétence qui correspond davantage à la compétence d'une cour visée à l'article 96 qu'à celle d'une cour inférieure.

³⁰ Voir également les articles 77 et 78 de la Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121.

³¹ Voir p. 35 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge en chef Laskin).

IV. CRITIQUE

Dans ce bref commentaire, point n'est la prétention de tenter de réconcilier les nombreux articles³² et les divers arrêts de l'article 96. Plusieurs ont déjà entrepris cette tâche mais sans jamais dissiper la confusion.³³ Un juriste canadien éminent écrivait: "There are few areas of Canadian constitutional and administrative law in which it is more difficult to speak with any degree of certainty than that which involves the interpretation and application of article 96 of the B.N.A. Act . . ." ³⁴. Notre but consiste plutôt à nous servir de l'arrêt que nous venons d'étudier pour exposer les problèmes pratiques rencontrés par les provinces et pour démontrer la nécessité d'une réforme quant à cet aspect de notre droit constitutionnel.

A. *Evaluation de la décision de la Cour suprême du Canada*

Les jugements de la majorité et de la minorité appellent plusieurs observations. La Cour suprême du Canada avait ici la possibilité de se prononcer de façon plus définitive sur la portée et l'effet de l'article 96. Malheureusement, le résultat de cette décision démontre qu'il existe encore de nos jours des différences marquées dans l'interprétation et l'application de cet article.

1. *Divergences au plan de l'approche historique*

La nature de la démarche à effectuer pour découvrir si la compétence conférée à un juge d'une cour inférieure est bien celle qu'il lui est due nécessite l'examen des pouvoirs dont les cours inférieures et supérieures étaient investies à l'époque pré-confédérative. Comme l'illustre la présente affaire, cette entreprise peut mener aux résultats les plus divers. En effet, en étudiant la compétence des cours en 1867 quant à la tutelle à la personne d'un enfant et quant à la garde d'un enfant et au droit de lui rendre visite, le juge Estey et le juge Laskin arrivent à des conclusions opposées.³⁵ Selon nous, deux facteurs en sont la cause.

³² DesLauriers, *La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B.*, 18 C. DE D. 881 (1977); Laskin, *supra* note 9; Shumiatcher, *Section 96 of the British North America Act Re-examined*, 27 CAN. B. REV. 131 (1949); Willis, *supra* note 9.

³³ DesLauriers écrit: "Plus de 130 décisions traitant de la portée des articles 92(14) et 96 de la Constitution canadienne n'ont pas permis de tirer de conclusion satisfaisante, car l'ensemble de ces décisions est truffé de contradictions et d'imprécisions que les tribunaux eux-mêmes ont tenté de contourner." *Supra* note 32 à 885.

³⁴ LeDain, *The Supervisory Jurisdiction In Quebec*, 35 CAN. B. REV. 788, à 818 (1957).

³⁵ Dans son ouvrage, G. PÉPIN, *LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS ET LA CONSTITUTION* 154 (1969), l'auteur affirme: "l'expression 'jurisdiction analogue' . . . n'est pas toujours interprétée de la même manière le moment venu de juger des cas particuliers."

a) *L'adoption*

Premièrement, le juge en chef et le juge Estey ont tous les deux une opinion différente face à la compétence des cours inférieures dans le domaine de l'adoption. Selon le juge Estey, The Adoption Act introduisait en Ontario un droit jadis inconnu et si on applique le test élaboré dans *John East Iron Works*, on doit conclure que les cours sommaires représentent le forum convenable en la matière. De plus, la majorité adopte les propos du juge Duff vis-à-vis The Adoption Act: "Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass *The Adoption Act* appears to me too clear for discussion and I add nothing to that."³⁶

Selon le juge Laskin, il est impensable que le domaine de l'adoption relève des cours inférieures. Il en est ainsi premièrement, parce que selon lui, le juge Duff s'est mépris en assimilant The Adoption Act à un ensemble de lois ontariennes qui, en 1932, avait comme fin l'apport de soins aux personnes dans la détresse, y compris les enfants négligés et les femmes abandonnées; deuxièmement, parce que la compétence en matière d'adoption correspond davantage à la compétence d'une cour supérieure qu'à celle d'une cour inférieure. Cette divergence d'opinion quant à l'adoption est un point marquant du jugement, puisque cette matière devient un point de repère lorsque les deux juges se prononcent sur les questions de tutelle et de garde d'un enfant.

Il est intéressant de constater l'importance que le domaine de l'adoption a pris dans ce débat. Il semble que c'est la première fois depuis 1938 que la Cour suprême du Canada examine cette question dans le cadre constitutionnel de l'article 96. Tel que noté déjà, le juge Duff s'exprima très brièvement sur ce point, mais il ne fournit aucune justification historique ou jurisprudentielle sur laquelle il pouvait baser son opinion. Un facteur qui puisse expliquer la différence d'opinion entre le juge Estey et le juge Laskin est la "nouveau" du domaine de l'adoption. En effet, c'était une partie du droit inconnue en 1867.³⁷ Dans l'arrêt en l'espèce, l'approche utilisée par le juge Estey, afin de déterminer si la compétence conférée aux juges des cours inférieures par The Adoption Act constitue un exercice législatif provincial valide, comporte un certain mérite en vertu de sa simplicité. On applique le test de *John East Iron Works* et puisque c'est une matière nouvelle, elle ne se conforme pas de façon générale à la compétence des juges des cours désignées à l'article 96. Les cours inférieures peuvent donc s'en emparer.

De son côté, le juge Laskin renverse la décision du juge Duff. Il considère la compétence que The Adoption Act confère aux juges des cours inférieures et conclut qu'elle est analogue à celle des cours

³⁶ Renvoi sur l'adoption, *supra* note 14.

³⁷ La première loi sur l'adoption, The Adoption Act 1921, S.O. 1921, c. 55, fut passée en Ontario et en Colombie-Britannique, Adoption Act, S.B.C. 1920, c. 2.

mentionnées à l'article 96. Il s'appuie sur le fait que ce domaine traite de la rupture des liens parentaux et de la formation de nouveaux liens, ce qui implique toutes sortes de conséquences au plan personnel et patrimonial. Le juge en chef semble suivre la suggestion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Reference re Residential Tenancies Act*: "In testing the matter . . . , it will not be the 'newness' of the powers themselves, but rather of their subject-matter, that will weigh most heavily in the balance: hence the emphasis that is placed on the importance of viewing the powers in the context of the legislation as a whole and not in isolation from that context . . .".³⁸ Cette approche pose toutefois la difficulté suivante: comment faire une analogie avec la compétence qu'avaient les cours supérieures au moment de la Confédération si la matière qui fait l'objet de la comparaison est tout à fait nouvelle? Une solution possible consiste à déterminer le "degré de nouveauté" de la matière en question. S'il s'agit d'un domaine jadis inconnu, l'approche utilisée par le juge Estey pourrait s'appliquer. Les provinces auraient la possibilité de conférer aux juges qu'elles nomment l'exercice de ces nouveaux pouvoirs. Par contre, s'il s'agit d'un domaine nouveau mais très semblable à une matière qui existe déjà, l'approche utilisée par le juge en chef est probablement la plus juste. Espérons que dans un bref délai une politique plus claire sera développée quant à la méthode à utiliser lorsqu'une loi provinciale introduit une matière nouvelle.

b) *Compétence concurrente ou dominante?*

Il y a un deuxième facteur contribuant à l'existence de conclusions différentes suite à l'approche historique. Il s'agit du manque de consensus qui existe en ce qui concerne la nature de la compétence dont une cour est investie. Selon le juge Estey, si les cours inférieures possédaient en 1867 une compétence quelconque dans un domaine, cela suffit à justifier les pouvoirs que la Family Relations Act confère de nos jours à la Cour provinciale dans un domaine analogue. Le fait qu'il y avait juridiction concurrente en 1867 entre les cours inférieures et les cours désignées à l'article 96 ne pose pas de problème, car il n'est pas nécessaire d'établir une analogie parfaite entre la compétence conférée par la loi en l'espèce à la Cour provinciale et celle qui appartenait aux cours inférieures en 1867. L'important est de s'assurer que ce n'est pas une fonction qui relève traditionnellement des cours sous l'article 96.³⁹ En conséquence, ayant établi que les cours supérieures ne possédaient pas une compétence exclusive en matière de tutelle et de garde d'un enfant, il accepte que la compétence en ces matières soit conférée par la province aux Cours provinciales de la Colombie-Britannique.

³⁸ 26 O.R. (2d) 609, à 619, 105 D.L.R. (3d) 193, à 203 (C.A. 1980).

³⁹ Le juge Estey s'appuie sur l'arrêt *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 37 N.R. 158.

Selon le juge Laskin, la situation est différente. Il semble chercher une juridiction plus large avant de conférer à la province le pouvoir d'investir les juges qu'elle nomme d'une compétence dans certaines matières comme celles énumérées à l'article 6 de la Family Relations Act. Les pouvoirs des cours inférieures en 1867 ne justifient pas automatiquement la large compétence que veut leur conférer la Colombie-Britannique par la loi en l'espèce.

Laquelle de ces approches est la plus appropriée? En tenant compte de la nature des tests élaborés dans les arrêts *Renvoi sur l'adoption* et *John East Iron Works*, la méthode utilisée par le juge en chef est probablement la plus juste. En effet, il applique avec précision l'expression "se conforme de façon générale". Pour justifier cette approche, reprenons l'exemple du pouvoir que possédait le tribunal des successions et des tutelles de nommer un tuteur dans certaines circonstances. Il est exact de dire, tout comme le juge Estey l'a fait dans son jugement, que cette cour inférieure avait une telle compétence au moment de la Confédération. Toutefois, il y a une différence importante entre cette compétence secondaire et l'alinéa a) de l'article 6(1) de la Family Relations Act, c'est-à-dire tutelle à la personne d'un enfant. De plus, même si la compétence des cours supérieures n'était en 1867 ni large ni exclusive, ceci ne veut pas nécessairement dire que les provinces peuvent conférer aux juges qu'elles nomment des pouvoirs traditionnellement attribués aux cours supérieures.⁴⁰ Quant à l'approche utilisée par le juge Estey, il semble assez clair qu'il s'agit d'une extension des tests traditionnels; plusieurs y verront une tentative d'amoindrir les obstacles que l'article 96 pose devant le pouvoir des provinces d'administrer leurs cours de justice.⁴¹ Toutefois, quoique le résultat éventuel de l'approche utilisée par la majorité ait un certain attrait sur le plan pratique, il est difficile de la justifier sur le plan juridique.⁴²

Selon nous, la divergence que nous venons de soulever entre la majorité et la minorité face à l'approche historique s'explique en partie par leurs attitudes respectives vis-à-vis le rôle des cours provinciales et par la portée de l'article 96 de la Loi constitutionnelle.

2. *Divergences quant au rôle des cours inférieures dans le contexte du droit de la famille et quant à la portée de l'article 96*

Il existe plusieurs philosophies entourant la place qu'occupent les cours provinciales dans notre système juridique. Pour le juge Estey, la cour provinciale reste une composante essentielle du système judiciaire canadien, car elle permet, dans certaines circonstances, de disposer d'un

⁴⁰ Les juges Hutcheon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et Hinkson de la Cour d'appel adoptèrent un point de vue semblable.

⁴¹ DesLauriers, *supra* note 32; Sibold, *The Unified Family Court and Section 96 of the British North America Act*, 3 QUEEN'S L.J. 71 (1976).

⁴² Les causes qui se sont détachées des tests traditionnels ne sont pas nombreuses.

problème de façon plus expéditive et plus économique. Il écrit: "Je ne veux pas par là déprécier le rôle de la cour supérieure ni son efficacité dans la collectivité moderne. Je veux simplement dire que les techniques hautement raffinées, qui ont été élaborées au cours des siècles pour résoudre des difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité, ne sont pas nécessaires pour trancher bien des litiges dont les cours inférieures sont saisies en vertu de lois provinciales contemporaines."⁴³ Selon lui, le développement du droit constitutionnel canadien a permis que l'on reconnaisse la capacité des provinces d'administrer certains de leurs programmes sociaux. De plus, il semble qu'une telle reconnaissance n'affecte pas l'existence ou l'importance de l'article 96. En effet, tant qu'une fonction judiciaire assignée à un organisme provincial ne se conforme pas généralement au type de compétence qu'exercent les cours désignées à l'article 96, l'attribution de cette fonction à une cour provinciale est un exercice législatif valide de la part d'une province.

Le juge en chef Laskin perçoit le rôle de la cour provinciale d'une façon différente. Il rejette l'argument de l'appelant à l'effet que la *Family Relations Act* s'insère dans le cadre d'un programme complet visant à faciliter le règlement des conflits familiaux. Il n'est pas convaincu que les cours provinciales soient plus accessibles, ou qu'un personnel non judiciaire, (par exemple, des travailleurs sociaux, des psychologues), puisse fonctionner de façon efficace dans le cadre plus souple des cours sommaires. De plus, il ne semble pas accepter la proposition de son collègue, le juge Estey, à l'effet que la jurisprudence entourant l'article 96 s'est développée de façon à donner aux provinces une plus grande latitude dans l'administration de leurs programmes sociaux. Au contraire, il affirme clairement que ce n'est pas le rôle de la Cour suprême du Canada de tenter de limiter sévèrement la portée de l'article 96, même si cet article constitue une "anomalie" de notre Constitution.

Il ne serait certes pas opportun d'entreprendre ici une longue discussion sur le rôle respectif des juges et de la législature lorsqu'il s'agit d'effectuer des changements au droit constitutionnel canadien.⁴⁴ Néanmoins, il est difficile de ne pas reconnaître la justesse des propos du juge en chef au sujet de l'article 96. Etant donné l'importance de cet article, ce serait au Parlement de le modifier ou de l'abolir s'il devenait insuffisant. Par contre, il faut se souvenir que l'article 96 est énoncé d'une façon très simple et que c'est au fil des décisions juridiques qu'on en a fait la limitation principale au pouvoir des provinces d'administrer leurs cours de justice. Ainsi, ne serait-ce pas aux cours de justice de l'assouplir?

⁴³ Voir p. 20 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge Estey).

⁴⁴ Sur ce sujet, voir aussi: W. FRIEDMANN, *THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT* 406-21 (1965); B. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* 9-32 (1921).

Avant d'entreprendre une discussion sur les mérites de l'article 96, il est nécessaire de commenter la réponse du juge Laskin au deuxième argument du procureur général de la Colombie-Britannique.

3. *Approche institutionnelle ou fonctionnaliste?*

Nous nous souvenons que dans son deuxième argument,⁴⁵ l'appelant suggérait que même si la compétence conférée à la Cour provinciale par les alinéas a), b), d) et e) de l'article 6(1) de la Family Relations Act ne correspondait pas de manière générale à un type de compétence exercé par les cours sommaires en 1867, il fallait néanmoins conclure que cet article était valide, puisque l'attribution de nouvelles fonctions à la Cour provinciale n'avait pas pour effet de modifier son caractère et son statut de façon à créer une cour désignée à l'article 96. L'appelant ajoutait que cette transformation aurait lieu lorsqu'une fonction appartenant exclusivement à une cour sous l'article 96 serait dévolue à une cour inférieure.

Nous savons que le juge en chef Laskin a rejeté carrément cet argument, affirmant qu'il était basé sur une mauvaise compréhension des décisions rendues en droit administratif et qu'il n'était point justifié par les arrêts traitant de la compétence des cours inférieures.⁴⁶ En effet, ni l'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board of Nova Scotia*,⁴⁷ ni l'arrêt *Procureur général de la Province de Québec c. Farrah*,⁴⁸ ni l'arrêt *Toronto c. York*,⁴⁹ pour n'en citer que quelques-uns, établissent que l'on peut attribuer à certaines cours provinciales ou tribunaux des fonctions qui relèvent exclusivement de l'article 96 sous prétexte que le caractère de la cour ou du tribunal en question n'est pas transformé. Par contre, il est difficile de comprendre les propos du juge Laskin lorsqu'il affirme que les décisions rendues en droit administratif ne justifient pas cette manière d'aborder la question. Il semble que c'est justement une approche très semblable qui fut utilisée par les cours lorsqu'elles eurent à trouver une solution aux litiges impliquant des tribunaux administratifs et l'article 96. C'est à la suite de ces arrêts qu'est apparue ce qu'on appelle "l'approche institutionnelle".⁵⁰ Cette dernière est très bien résumée dans l'arrêt *Re Residential Tenancies Act of Ontario* par le juge Dickson:

The phrase — 'it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears' — is the central core of the judgment in *Tomko*. It is no longer sufficient simply to examine the particular power or function of a tribunal and ask whether this power or function was once exercised by s. 96 courts. . . . *Tomko* leads to the following result: it is possible for administrative tribunals to exercise powers and jurisdiction which once were exercised by the s. 96

⁴⁵ Voir pp. 484-85 de ce commentaire.

⁴⁶ Voir pp. 489-90 de ce commentaire.

⁴⁷ *Supra* note 19.

⁴⁸ *Supra* note 19.

⁴⁹ [1938] A.C. 415 [1938] 1 D.L.R. 593 (P.C.).

⁵⁰ Voir l'affaire *Tomko*, *supra* note 19.

courts. It will all depend on the context of the exercise of the power. . . . The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (*Farrah*) so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'.⁵¹

Cet énoncé du test institutionnel nous aide à saisir le fil de l'argument de l'appelant en l'espèce: la cour familiale est un organisme unique visant la résolution des conflits familiaux et comme tel, il est possible de lui attribuer des fonctions qui appartenaient auparavant aux cours désignées à l'article 96. Quoique nous croyons que l'analogie suggérée par l'appelant se justifie au moyen des arrêts en droit administratif,⁵² nous croyons également qu'il n'est pas opportun d'intégrer cet argument dans un contexte non-administratif. En ce sens, les propos du juge Laskin sont justes lorsqu'il insiste sur une approche plus fonctionnaliste. Le développement d'une approche institutionnelle s'est prouvé utile et nécessaire dans le cadre du droit administratif: cette nouvelle approche a permis aux provinces d'instaurer certains programmes sociaux et d'améliorer leur administration publique.⁵³ De plus, un tribunal administratif se prête bien à cette approche institutionnelle puisqu'il est une entité bien précise avec des cadres délimités et des fonctions limitées. Sa présence ne représente pas une menace pour les cours de justice tant provinciales que fédérales. La situation est bien différente pour une cour inférieure.

Une cour comme la Cour provinciale, division familiale, n'est pas une entité précise tel qu'un tribunal administratif. Comme le fait remarquer le juge en chef Laskin, cette Cour possède une compétence partagée puisque la Cour suprême de la Colombie-Britannique a également compétence sur toutes les matières énumérées à l'article 6(1) de la Family Relations Act. "Le plan législatif reconnaît autant la compétence de la Cour suprême que celle de la Cour provinciale"⁵⁴ écrit le juge en chef. De plus, il ne faut pas oublier la portée de l'article 96: tant que celui-ci existe, on devra s'y conformer. Ainsi, si on acceptait l'argument de l'appelant, ce serait beaucoup trop facile pour les provinces d'attribuer aux juges qu'elles nomment une compétence étendue qui irait jusqu'à comprendre des fonctions exclusives aux cours désignées à l'article 96. L'argument soumis par le procureur général de la Colombie-Britannique aurait pu s'appliquer avec de meilleurs résultats s'il s'était agi de remettre en question la compétence d'une cour familiale unifiée.⁵⁵ Il aurait été alors plus facile de justifier le caractère

⁵¹ *Supra* note 39, à 735-36, 37 N.R. à 176.

⁵² *Voir* les arrêts suivants: *Gray Line Ltd. c. Chabot*, [1981] 5 W.W.R. 386, 117 D.L.R. (3d) 89 (B.C.S.C.); *Ville de Mississauga c. Municipalité de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 244, 26 N.R. 200, 97 D.L.R. (3d) 439.

⁵³ *Voir* comme exemple d'une telle tentative, la cause de *Ville de Mississauga c. Municipalité de Peel*, *supra* note 52.

⁵⁴ *Voir* p. 34 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (*Le Juge en chef Laskin*).

⁵⁵ *Sibold*, *supra* note 41.

“particulier” de cette cour. A la suite de l’arrêt que nous venons d’étudier, il est possible de conclure que lorsque le but d’un litige est de déterminer l’étendue de la compétence d’une cour, l’approche fonctionnaliste est plus appropriée.

Dans les quelques pages qui précèdent, nous avons élaboré plusieurs points de vue: au plan de l’approche historique, au plan de la compétence des cours inférieures quant à l’adoption, au plan du test de “conformité générale”, au plan du rôle des cours provinciales, au plan de la portée de l’article 96 et finalement au plan de la méthode d’interprétation. Tous ces points de divergence démontrent les difficultés que pose l’article 96 et expliquent probablement le fait que la présente décision regroupe des opinions si partagées. Considérons maintenant l’effet de cette décision sur le pouvoir qu’ont les provinces d’administrer les cours familiales.

B. *Avenir de l’administration de la justice en matière de cours familiales*

Depuis quelques années, la majorité des provinces canadiennes ont légiféré en matière de droit de la famille afin d’introduire un système procédural et légal plus juste, plus complet et plus accessible.⁵⁶ Toutefois, dès le début, cette tentative s’est avérée difficile, surtout à cause des problèmes d’ordre constitutionnel posés par l’existence de l’article 96. L’exemple suivant en fait preuve: les cours provinciales inférieures ne sont pas douées d’une compétence en matière de biens.⁵⁷ Donc, dès qu’une question touchant la propriété se soulève, le justiciable doit se présenter devant la Cour de comté ou devant une autre cour dont les juges sont nommés par le fédéral. La fragmentation juridictionnelle ainsi créée a fait l’objet de nombreuses critiques,⁵⁸ surtout à cause des désavantages nombreux qu’elle comporte:⁵⁹ perte de temps, dédoublement des services et coût élevé des actions multiples. En fin de compte, tous ces éléments ont donné naissance au mouvement de promotion d’une cour familiale unifiée.⁶⁰

En examinant le résultat qui découle de la décision de la Cour suprême du Canada, on souhaite vivement qu’un tel système de cours familiales unifiées soit créé dans le plus bref délai. Depuis ce jugement, la fragmentation des compétences apparaît encore plus énorme. Considérons, par exemple, les demandes suivantes: lorsqu’il s’agit de la tutelle à la personne d’un enfant ou encore de la garde d’un enfant et du droit de lui rendre visite, une personne peut se présenter à la Cour

⁵⁶ Voir, en Ontario, la Loi portant réforme sur le droit de la famille, R.S.O. 1980, c. 152, ou encore au Nouveau-Brunswick, la Child and Family Services and Family Relations Act, S.N.B. 1980, c. C-2.1.

⁵⁷ *Supra* note 28.

⁵⁸ Sibold, *supra* note 41; Ryan, *The Overlapping Custody Jurisdiction: Co-Existence or Chaos*, 3 CAN. J. FAM. L. 96 (1980).

⁵⁹ Sibold, *supra* note 41.

⁶⁰ Voir Gravely, *The Unified Family Court*, 12 LAW SOCIETY OF UPPER CANADA GAZETTE 90 (1978).

provinciale, division familiale (une cour de juridiction sommaire). Par contre, dès qu'il est nécessaire d'obtenir une ordonnance requérant l'occupation exclusive de la résidence familiale ou encore une ordonnance interdisant l'accès des lieux à un conjoint, il faut se présenter en Cour de comté ou devant la Cour suprême de la province. Si l'on reconnaît que ces quatre genres de demandes sont souvent liés, on constate facilement l'absurdité du système actuel et le fait que la Cour provinciale devient presque inaccessible, à moins que l'on veuille entamer deux actions à deux niveaux de cours différents. Ainsi, pour la personne défavorisée au plan financier, les difficultés qui se posent sont évidentes.

Si on accepte que le temps est venu où la cour familiale unifiée doit devenir réalité, il est difficile de trouver une solution au problème de la fragmentation des compétences puisque de nouveau l'article 96 pose un obstacle. En effet, si cette cour familiale unifiée doit avoir compétence sur toutes les facettes du droit familial, il faudra, pour respecter la portée de l'article 96, surtout à la suite de la présente décision, que les juges siégeant à cette cour soient nommés par le gouverneur général du Canada.

Il est évident qu'une telle solution est loin de plaire aux provinces. En effet, plusieurs autres solutions ont été suggérées et même adoptées. En Ontario, par exemple, on a créé une cour familiale unifiée à partir d'une division des Cours de comté et de district. Cette cour est présidée par un juge de la Cour de comté qui occupe aussi le poste de juge local de la Cour suprême de l'Ontario. Il possède également la compétence d'un juge de la Cour provinciale. D'autres provinces ont adopté des solutions semblables.⁶¹

V. CONCLUSION

Quel que soit l'angle sous lequel nous avons examiné l'arrêt *Dans L'Affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications*, nous en sommes toujours revenus à une discussion de la raison d'être de l'article 96 de notre Constitution. Nous avons constaté que l'existence de cet article pose une limite sérieuse au pouvoir des provinces d'administrer leurs cours de justice en vertu du pouvoir qu'elles possèdent aux termes de l'article 92(14).

Les opinions sur l'importance de l'article 96 sont variées. Par exemple, plusieurs désirent sa disparition. Un auteur écrit: "La situation constitutionnelle actuelle empêche les provinces de se doter d'une organisation judiciaire de nature à satisfaire à leurs besoins."⁶² Un autre préconise: "Si [les provinces] ne peuvent déterminer librement l'organe

⁶¹ S. FODDEN, CANADIAN FAMILY LAW CASES AND MATERIALS, 1-14-15 (1977).

⁶² DesLauriers, *supra* note 32, à 915.

juridictionnel qu'elles estiment le plus apte à individualiser leurs normes, il faut évidemment conclure que l'article 96 atténue grandement le principe de la suprématie des parlements provinciaux dans leur sphère de compétence. Dans cette mesure, il est bien certain que les provinces ne peuvent que militer en faveur de sa disparition."⁶³ Un autre dit également:

Déjà l'on s'aperçoit que la suppression de l'article 96, . . . aurai [t] pour résultat de donner un sens à la compétence exclusive des provinces dans le domaine de l'administration de la justice provinciale; mais, effet peut-être encore plus heureux, elle signerait également l'arrêt de mort d'une jurisprudence extrêmement obscure qui accorde une importance exagérée à l'article 96, causant par là d'importantes difficultés aux provinces⁶⁴

D'autres auteurs y voient une sauvegarde essentielle de l'indépendance et de l'impartialité judiciaire.⁶⁵

Il est intéressant de noter que plusieurs des raisons citées pour justifier l'inclusion de l'article 96 dans la Constitution canadienne en 1867 ont disparu. Par exemple, on utilisait l'argument du fardeau financier: les provinces étaient incapables d'assumer le coût inhérent à la nomination des juges aux cours supérieures. On utilisait également l'argument de la compétence et de l'impartialité des juges, puisqu'à cette époque, ceux qui présidaient les cours sommaires n'étaient pas nécessairement des avocats.⁶⁶ Le juge Estey traite de ce dernier point dans son jugement lorsqu'il cite le juge Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*: "[I]l serait extraordinaire de supposer qu'une grande collectivité comme la province de l'Ontario n'ait ni la volonté ni la capacité de se protéger contre l'inconduite des personnes qu'elle nomme pour remplir ces fonctions; toute suggestion de ce genre ne saurait s'appuyer sur les faits et ne constituerait qu'un fondement entièrement fallacieux d'une théorie régissant l'interprétation de l'A.A.N.B."⁶⁷

Peu importe la position que l'on prenne quant à l'importance de l'article 96 dans notre système judiciaire canadien, son existence suscite des problèmes particuliers. La présente décision s'avère un cas typique. La fragmentation des cours familiales devient une situation très peu désirable surtout à une époque où l'on tente de restructurer l'ensemble des services nécessaires au règlement des conflits familiaux. On ne peut espérer que les projets visant la mise sur pied des cours familiales unifiées deviennent réalité dans un avenir proche.

L'analyse d'une cause traitant de l'article 96, comme nous venons de le faire démontre que les jugements rendus par les cours canadiennes comportent des divergences. Toutefois, il est difficile de ne pas excuser cette situation puisqu'au fond l'article 96 lui-même n'est pas un article

⁶³ Duplé, *Nouvelles récentes de l'article 96*, 18 C. DE D. 315, à 332 (1977).

⁶⁴ G. PÉPIN, *supra* note 35, à 89.

⁶⁵ Lederman, *The Independence of the Judiciary*, 34 CAN. B. REV. 1139 (1956).

⁶⁶ DesLauriers, *supra* note 32, à 885.

⁶⁷ Voir p. 3 de la version française (C.S.C., 26 janv. 1982) (Le Juge Estey).

très explicite. Le présent arrêt offre probablement une tentative de compromis et ceci devient sans doute la solution la plus raisonnable. Les cours provinciales ne perdent pas totalement leur compétence en matière de droit familial; par contre, les limites imposées par l'article 96 sont en partie respectées.

Il s'agirait probablement de modifier l'article 96 au moyen d'un amendement constitutionnel⁶⁸ quelconque, ou d'établir un système de communication et de coopération entre le fédéral et les provinces afin d'en arriver à une solution acceptable à tous. Le système des cours familiales unifiées, où les juges seraient nommés par le fédéral et par les provinces conjointement, n'est qu'un exemple du genre d'entente qui devrait exister entre nos deux niveaux de gouvernement.

⁶⁸ DesLauriers, *supra* note 32, à 919-20 où l'auteur suggère d'abroger l'article 96 mais également de spécifier les fonctions des juges des cours supérieures.