Paul Nash (*Petitioner*) *Appellant*;

and

Eileen Elsie Nash (*Respondent, Petitioner by Counter Petition*) *Respondent*.

1974: May 8, 9; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Divorce—Conditional decree nisi—Corollary relief—Power of Court to make decree nisi conditional—Decree nisi conditional on provision of adequate security for maintenance payments—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8 ss. 9(1)(f), 10, 11(1) (2), 13(3).

The trial judge granted a decree nisi to the husband with maintenance of \$10,500 per annum, for his wife, payable in quarterly instalments and, by consent, with maintenance for the son of \$1,500 per annum, payable in monthly instalments, while he is in attendance at an institution of higher learning. The wife appealed the order and the Court of Appeal, with no serious objection from counsel, substituted an order which provided *inter alia* that the husband secure in the sum of \$100,000 the maintenance payments to the wife as a condition precedent to the divorce. The husband on appealing to this Court contended (i) that there was no power to make a decree nisi conditional (ii) that the Court of Appeal had no power to order security where the security was a mere guarantee of payments to be made independently of it and (iii) that in view of a change of his financial circumstances this Court should vary the order for maintenance.

Held (de Grandpré and Beetz JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed with no order as to costs.

Per Curiam: An application to vary an order for maintenance cannot be brought originally to this Court. The jurisdiction of this Court is limited by s.

Paul Nash (*Requérant*) *Appelant*;

et

Eileen Elsie Nash (*Intimée, requérante par contre-requête*) *Intimée*.

1974: les 8 et 9 mai; 1974: le 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Divorce—Jugement conditionnel—Jugement assujéti à une disposition particulière—Mesure accessoire—Pouvoir des tribunaux de rendre des jugements conditionnels assujétis à des dispositions particulières—Jugement conditionnel prévoyant une garantie suffisante pour assurer les paiements d'entretien—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D—8, art. 9(1) f), 10, 11(1) (2), 13(3).

Le juge de première instance a rendu un jugement conditionnel en faveur du mari, prévoyant le paiement de \$10,500 par année, pour l'entretien de l'épouse, payable en versements trimestriels et de consentement le paiement de la somme de \$1,500 par année, payable en versements mensuels, pour l'entretien de leur fils pendant qu'il fréquente un établissement d'enseignement supérieur. L'épouse en a appelé de ce jugement et la Cour d'appel, sans que l'avocat ne formule d'objection d'importance, a substitué à l'ordonnance, une ordonnance prévoyant, entre autres, que le mari assure l'obtention, pour une somme de \$100,000, des allocations d'entretien payables à l'épouse comme condition préalable au divorce. Dans le pourvoi devant cette Cour, le mari prétend (i) que celle-ci n'avait aucun pouvoir de rendre un jugement conditionnel assujéti à une disposition particulière (ii) que la Cour d'appel n'avait aucune compétence pour ordonner que soit fournie une garantie lorsque les versements d'entretien ne doivent pas être prélevés sur la garantie mais être effectués indépendamment de celle-ci et (iii) qu'en raison du changement survenu dans la situation financière de l'appelant, cette Cour devrait modifier l'ordonnance relative à l'entretien.

Arrêt (les juges de Grandpré et Beetz, dissidents en partie): Le pourvoi doit être accueilli sans adjudication sur les dépens.

La Cour: Une demande de modification d'une ordonnance relative à l'entretien ne peut être soumise en premier ressort à cette Cour. La compétence de

18(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 s. 11(2) to questions of law on which leave to appeal is given and s.11(2) provides for variation of an order by the court that made it.

Where, as in this case, the divorce was based on separation there cannot be a conditioning or suspension of a decree nisi pending security for maintenance being furnished when the Legislature has expressly dealt with the matter in another way in s. 9(1)(f). If a sanction to assure provision of maintenance granted as corollary relief is required, there is authority in s. 13(3) for imposing such sanction when the judgment absolute is sought, as the circumstances may then appear.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ.: Section 11(1) of the Act is not wide enough to support an order to pay periodic sums and concurrently an order to provide security without directing that the periodic payments be paid out of the security.

Per Beetz and de Grandpré JJ. (dissenting in part): Having decided that a decree nisi cannot be made conditional upon the previous provision of a specified security it is not necessary to deal with the power of the Court of Appeal to order security to stand as a guarantee of payment of maintenance.

[*Lachman v. Lachman*, [1970] 3 O.R. 29; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *Shearn v. Shearn*, [1931] P.1; *Kumpas v. Kumpas* (1969), 71 W.W.R. 317, appeal quashed, [1970] S.C.R. 438; *Switzer v. Switzer* (1969), 7 D.L.R. (3d) 638, 70 W.W.R. 161; *Rafflin v. Rafflin*, [1972] 1 O.R. 173; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *McCull v. McCull*, [1953] O.R. 1017; *Johnstone v. Johnstone*, [1969] 2 O.R. 765, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying a decree nisi and maintenance order of Stewart J. at trial. Appeal allowed with no order as to costs, case returned to the Court of Appeal for reconsideration.

Peter C. P. Thompson, for the appellant.

John R. Sigouin, and *Bryan Carroll*, for the respondent.

cette Cour est limitée par le par. (1) de l'art. 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8 aux questions de droit dont elle a autorisé l'appel et le par. (2) de l'art. 11 prévoit la modification d'une ordonnance par le tribunal qui l'a rendue.

Lorsque, comme en l'espèce, le divorce est fondé sur la séparation, on ne peut suspendre ou assujettir à une condition préalable un jugement conditionnel en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien, quand le corps législatif a expressément statué sur la question d'une autre façon à l'al. f) du par. (1) de l'art. 9. Si une sanction est nécessaire pour assurer qu'il soit pourvu à l'entretien qui a été accordé à titre de mesure accessoire, le par. (3) de l'art. 13 confère le pouvoir d'imposer telle sanction lorsqu'est faite la requête en vue d'obtenir le prononcé d'un jugement irrévocable, selon les circonstances à ce moment-là.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence: Le par. (1) de l'art. 11 de la Loi n'a pas suffisamment de portée pour autoriser une ordonnance enjoignant de payer des sommes échelonnées et en même temps une ordonnance de fournir une garantie sans préciser que les sommes doivent être payées par prélèvement sur la garantie fournie.

Les juges Beetz et de Grandpré (dissidents en partie): Ayant décidé que le jugement conditionnel ne peut être assujetti au dépôt préalable d'une garantie spécifiée, il n'est pas nécessaire de statuer sur le pouvoir de la Cour d'appel d'ordonner qu'une garantie soit fournie pour les paiements d'entretien.

[Arrêts mentionnés: *Lachman v. Lachman*, [1970] 3 O.R. 29; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *Shearn v. Shearn*, [1931] P.1; *Kumpas v. Kumpas* (1969), 71 W.W.R. 317, annulation de l'appel accordée, [1970] R.C.S. 438; *Switzer v. Switzer* (1969), 7 D.L.R. (3d) 638, 70 W.W.R. 161; *Rafflin v. Rafflin*, [1972] 1 O.R. 173; *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *McCull v. McCull*, [1953] O.R. 1017; *Johnstone v. Johnstone*, [1969] 2 O.R. 765.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario modifiant le jugement conditionnel et l'ordonnance relative à l'entretien rendus par le juge Stewart en première instance. Pourvoi accueilli sans adjudication sur les dépens, dossier renvoyé à la Cour d'appel pour nouvel examen.

Peter C. P. Thompson, pour l'appelant.

John R. Sigouin, et *Bryan Carroll*, pour l'intimée.

The judgment of the Chief Justice and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Consideration of the issues in this appeal, which comes here by leave of this Court, may properly begin with the judgment of the late Mr. Justice Stewart, granting a decree nisi of divorce to the appellant husband and directing that he pay his wife \$10,500 per annum in equal quarterly instalments of \$2,625, and directing, pursuant to the consent of the spouses, that the husband pay \$1,500 per annum in equal monthly instalments for the maintenance of their son David while he is in attendance at an institution of higher learning. The respondent wife appealed this order so far as it affected the provision for her maintenance, and the Ontario Court of Appeal allowed her appeal by way of an order which it said it had suggested to counsel for both parties who voiced no serious objection although they did not consent thereto.

It is desirable to set out the terms of the formal order decreed by the Court of Appeal in substitution and in addition to the provisions of the formal order issued in pursuance of the judgment of Stewart J. The relevant paragraphs are as follows:

1. THIS COURT DOTH DECREE AND ADJUDGE that upon the petitioner Paul Nash securing in the sum of \$100,000.00 the maintenance payments provided in paragraph 3 hereof in favour of the respondent, petitioner by counter-petition, and those so provided in paragraph 4 hereof in favour of David Paul Leslie Nash, the said petitioner Paul Nash whose marriage to the respondent Eileen Elsie Nash was solemnized at Harrow, England, on the 6th day of May, 1950, be divorced from the said respondent Eileen Elsie Nash, unless sufficient cause be shown to this Court within three months from the date hereof why this decree should not be made absolute.

3. AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that the respondent by counter-petition, Paul Nash, shall pay to the petitioner by counter-petition, Eileen Elsie Nash, during her lifetime or until she remarries, maintenance in the sum of \$10,500.00 per annum in equal, quarterly instalments

Le jugement du Juge en chef et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans l'examen des questions qui font l'objet de ce pourvoi interjeté devant cette Cour avec sa permission, il convient peut-être de mentionner tout d'abord le jugement conditionnel de divorce rendu par feu le juge Stewart en faveur du mari appelant et par lequel il ordonne à ce dernier de payer à son épouse la somme de \$10,500 par année en versements trimestriels égaux de \$2,625 et, vu le consentement des conjoints, de payer la somme de \$1,500 par année en versements mensuels égaux pour l'entretien de leur fils David pendant que ce dernier fréquente un établissement d'enseignement supérieur. L'épouse intimée en a appelé de ce jugement en ce qui concerne son entretien à elle. La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à son appel, par la voie d'une ordonnance que cette Cour-là dit avoir proposée aux avocats des deux parties, qui n'ont formulé aucune objection d'importance même s'ils n'ont pas consenti à l'ordonnance proposée.

Il est souhaitable que les termes de l'ordonnance solennelle établie par la Cour d'appel pour substituer et ajouter aux dispositions de celle délivrée en conformité du jugement prononcé par le juge Stewart, soient reproduits. Ses paragraphes pertinents se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 1. LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE que, lorsque le requérant Paul Nash aura assuré l'obtention, pour une somme de \$100,000, des allocations d'entretien prévues au paragraphe (3) des présentes en faveur de l'intimée, requérante par contre-requête, ainsi que des allocations prévues au paragraphe (4) en faveur de David Paul Leslie Nash, ledit requérant Paul Nash, dont le mariage avec l'intimée Eileen Elsie Nash a été célébré à Harrow, en Angleterre, le 6 mai 1950, sera divorcé de ladite intimée Eileen Elsie Nash, à moins que, dans un délai de trois mois à compter de la date du présent jugement, on ne démontre à cette Cour qu'il y a des raisons suffisantes de ne pas rendre irrévocable le présent jugement.

3. ET LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN OUTRE que l'intimé à la contre-requête, Paul Nash, devra payer à la contre-requérante, Eileen Elsie Nash, du vivant de celle-ci ou jusqu'à ce qu'elle se remarie, une allocation d'entretien de \$10,500 par année en versements trimestriels égaux de \$2,625,

of \$2,625.00 each, the first of such quarterly payments to become due and be made on the 13th day of June, 1971, and the future payments on the 13th days of September, December, March and June thereafter.

8. THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that while not in default of payments of maintenance pursuant to the terms of this Judgment, the petitioner will from time to time remain entitled to all interest and/or income upon the amount of security furnished for the maintenance, and that upon the death or remarriage of the respondent, Eileen Elsie Nash, provided the petitioner be not then in default, the corpus of the security furnished will revert to the petitioner or his estate.

The appellant husband took three points in his appeal to this Court. He contended, first, that it was beyond the power of the Court in divorce proceedings under the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, to make an order in the terms of paragraph 1 above, the effect of which is to make the decree nisi conditional upon the previous provision of the specified security. Second, it was his contention that the Court of Appeal had no power to order security to be provided for the periodic maintenance payments where such payments were not to come out of the security but were to be made independently, with the security to stand as a guarantee of payment. Third, the appellant, by notice of motion for leave to adduce affidavit evidence, sought to have this Court consider an alleged change in the financial circumstances and obligations of the appellant with a view to have it vary the order for maintenance. It is enough to say on this third point what was said to counsel for the appellant at the hearing of the appeal, namely, that an application for variation owing to a change of circumstances cannot be brought originally before this Court, especially when by s. 18(1) of the *Divorce Act* this Court's jurisdiction is limited to questions of law on which leave is given by it. I refer also to s. 11(2) of the *Divorce Act* respecting variation of a maintenance order by the court that made it. That would not be this Court. Only the first two points raised by the appellant need therefore be considered.

paybles à compter du 13 juin 1971 et par la suite les treizièmes jours des mois de septembre, décembre, mars et juin.

8. LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN OUTRE que, tant que le requérant n'est pas en défaut de paiement des allocations d'entretien prévues au présent jugement, il aura droit à tous les intérêts et autres sommes que peut rapporter le montant de la garantie fournie pour l'entretien; et que, advenant le décès ou le remariage de l'intimée, Eileen Elsie Nash, et pourvu que le requérant ne soit pas en défaut, le *corpus* de la garantie fournie reviendra au requérant ou à sa succession.

Le mari appelant soulève trois points dans le pourvoi qu'il a interjeté devant cette Cour. Il prétend tout d'abord que c'était aller au-delà des pouvoirs de la Cour dans une affaire de divorce mue sous le régime de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, que de rendre une ordonnance dans les termes du premier paragraphe ci-dessus, qui a pour effet d'assujettir le jugement conditionnel à l'offre préalable de la garantie spécifiée. En second lieu, il affirme que la Cour d'appel n'avait aucune compétence pour ordonner que soit fournie une garantie pour les versements périodiques d'allocations d'entretien, lorsque ces versements ne doivent pas être prélevés sur la garantie mais être effectués indépendamment de la garantie, laquelle ne subsiste que comme gage de paiement. Troisièmement, l'appellant, par un avis de requête demandant l'autorisation de faire une preuve par déclaration sous serment, a voulu porter à l'attention de cette Cour, en vue de lui faire modifier l'ordonnance relative à l'entretien, un changement qui serait survenu dans la situation financière et les obligations de l'appellant. Sur ce troisième point, il suffit de répéter ce qui a été dit à l'avocat de l'appellant au moment de l'audition du pourvoi, à savoir qu'une demande de modification en raison de nouvelles circonstances ne peut être soumise en premier ressort à cette Cour, spécialement lorsque le par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur le divorce* limite la compétence de cette Cour aux questions de droit dont elle a autorisé l'examen. Je note aussi que le par. (2) de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* parle de la modification d'une ordonnance relative à l'entretien par

As to the first point, counsel for the respondent wife contended that the order respecting the decree nisi was not an order under which the decree was conditioned upon the provision of security, but rather one where the decree had been granted but its operative effect was suspended until security was posted. The short answer to what is a play on words is that security with respect to maintenance is corollary relief under the *Divorce Act*, and nowhere in the Act is any power granted to order such relief to be provided before a decree nisi is granted or becomes effective. I note, as having some bearing on this issue, that s. 9(1)(f) of the *Divorce Act* enjoins the Court, in a case where divorce is sought under the separation and desertion provisions of s. 4(1)(e), to refuse a decree if, *inter alia*, the granting thereof "would prejudicially affect the making of such reasonable arrangements for the maintenance of either spouse as are necessary in the circumstances".

Counsel for the respondent submitted that what was done by the Court of Appeal here was in line with an order made by that Court in *Lachman v. Lachman*¹. Although I was a member of the Court which decided *Lachman v. Lachman* I am now of the opinion that in so far as it made the decree nisi itself conditional upon the previous provision of security (and that this was so clearly appears from the reasons of Jessup J.A. for the Court at p. 34), it was wrongly decided. The decree nisi itself is a provisional decree, and this emerges also from the French version of the Act which in the relevant s. 11(1) speaks of "*un jugement conditionnel de divorce*". It seems to me, therefore, that if any effective sanction is to be imposed in

le tribunal qui l'a rendue, un tribunal qui n'est pas cette Cour. Il ne reste donc à examiner que les deux premiers points soulevés par l'appelant.

Quant au premier point, l'avocat de l'épouse intimée a prétendu que l'ordonnance concernant le jugement conditionnel n'était pas une ordonnance par laquelle ce jugement conditionnel était subordonné au dépôt d'une garantie, mais plutôt une ordonnance accordant le jugement conditionnel mais en retardant l'effet jusqu'à ce que la garantie soit fournie. C'était jouer sur les mots. Pour répondre à cela en bref, cette garantie relative à l'entretien est une mesure accessoire aux termes de la *Loi sur le divorce*, et aucune disposition de cette loi ne confère le pouvoir de se prononcer sur de telles mesures avant qu'un jugement conditionnel ne soit prononcé ou ne prenne effet. Je note une chose qui a un certain rapport avec la question, soit que l'al.f) du par. (1) de l'art. 9 de la *Loi sur le divorce* enjoint le tribunal, dans un cas où la requête en divorce est présentée en vertu des dispositions de l'al. e) du par. (1) de l'art. 4, relatives à la séparation et à l'abandon, de refuser de prononcer un jugement lorsque, notamment, le jugement demandé «serait préjudiciable à la conclusion des accords raisonnables qui sont nécessaires dans les circonstances en vue de l'entretien de l'un des conjoints».

L'avocat de l'intimée a soutenu que ce que la Cour d'appel a fait ici est en accord avec une ordonnance qu'elle avait rendue dans l'arrêt *Lachman v. Lachman*¹. Même si j'ai fait partie du tribunal qui a rendu l'arrêt précité, je suis maintenant d'avis qu'il y a mal-jugé dans la mesure où l'arrêt a subordonné le jugement conditionnel à l'offre préalable d'une garantie (et c'est ce qui ressort nettement des motifs rédigés par M. le juge Jessup au nom du tribunal, à la p. 34). Un «jugement conditionnel de divorce» (art. 11, par. (1)), dit en anglais «decree nisi», est lui-même un jugement provisoire. C'est pourquoi, à mon sens, s'il faut dans une demande de divorce imposer une sanction efficace pour assurer qu'il soit pourvu à l'entre-

¹ [1970] 3 O.R. 29.

¹ [1970] 3 O.R. 29.

a divorce suit to assure provision of maintenance which has been granted as corollary relief, it should be done when judgment absolute is sought, as the circumstances may then appear. There appears to be ample authority to this end in s. 13(3) of the *Divorce Act* which provides that where a decree nisi has been granted but has not been made absolute, cause may be shown why it should not be made absolute by reason of there having been collusion or reconciliation or "by reason of any other material facts". The Court is authorized in these respects either to rescind the decree nisi, to require further inquiry, or to "make such further order as the court thinks fit".

The *Divorce Reform Act*, 1969 (U.K.), c. 55, s. 6 is more explicit on this point where the divorce, as in the present case, is based on separation (see Bromley, *Family Law* (4th ed. 1971), at p. 216), and so is *The Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, s. 1 which, in respect of secured maintenance, empowers the court to suspend pronouncement of the decree absolute until all necessary deeds and instruments have been executed. I am satisfied, however, that the general words of s. 13(3) aforesaid are wide enough and should be construed to embrace the power to ensure that maintenance, especially if secured, should be assured if that can be done by withholding the decree absolute.

In sum, when regard is had to the express provision in s. 10 of the *Divorce Act* for interim alimony or maintenance after a petition for divorce is presented and pending its determination, and also to the fact that maintenance is relief corollary to a divorce, I am all the more persuaded that a decree nisi cannot be conditioned upon the previous provision of security. I note also that in the judgment of this Court in

tien qui a été accordé à titre de mesure accessoire, on doit le faire au moment de la requête en vue d'obtenir le prononcé d'un jugement irrévocable, selon les circonstances à ce moment-là. Il semble que le par. (3) de l'art. 13 de la *Loi sur le divorce* confère amplement le pouvoir voulu puisqu'il prévoit que lorsqu'un jugement conditionnel de divorce a été prononcé mais n'est pas devenu irrévocable, toute personne peut exposer au tribunal des raisons pour lesquelles le jugement ne devrait pas devenir irrévocable, du fait qu'il y a eu collusion ou du fait de la réconciliation des parties ou «de tous autres faits pertinents». En pareils cas, le tribunal est autorisé à rescinder le jugement conditionnel, à ordonner un complément d'enquête ou à «rendre telle autre ordonnance que le tribunal estime appropriée».

La loi dite *Divorce Reform Act*, 1969 (R.-U.), c. 55, art. 6 est plus explicite sur ce point lorsque le divorce est fondé, comme dans le cas qui nous occupe, sur la séparation (voir Bromley, *Family Law* (4^e éd. 1971), p. 216), tout comme la loi dite *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, art. 1^{er} qui, en ce qui concerne la garantie d'entretien, autorise le tribunal à surseoir au jugement irrévocable tant que tous les actes nécessaires n'ont pas été passés. Je suis convaincu cependant que les termes généraux de l'art. 13, par. (3) précité sont assez larges pour inclure le pouvoir de veiller à ce que l'entretien, spécialement s'il est garanti, soit rendu certain si la chose est possible, en s'abstenant de prononcer le jugement irrévocable, et qu'ils doivent être interprétés de cette façon.

En somme, si l'on tient compte de la disposition expresse de l'art. 10 de la *Loi sur le divorce* qui prévoit une pension alimentaire ou allocation d'entretien provisoire en attendant qu'une requête en divorce ait été entendue et jugée, et du fait que l'entretien est une mesure accessoire à un divorce, je suis plus persuadé d'autant qu'un jugement conditionnel ne peut être soumis à la condition de l'offre préalable d'une

*Zacks v. Zacks*², Martland J. speaking for the Court said this, at pp. 901-902:

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

Again, speaking at p. 912, Martland J. said this in relation to the word "upon" in s. 11(1):

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.

What the respondent in the present appeal seeks to read into the *Divorce Act* is somewhat differently dealt with under s. 37(2) of the Australian *Matrimonial Causes Act*, 1959, No. 104. It provides that in divorce proceedings based on separation the Court may (to put it briefly) refuse a decree in favour of the petitioner until the petitioner has made satisfactory arrangements to provide maintenance or other benefits upon the decree becoming absolute. Under the *Divorce Act*, without making the decree nisi conditional in the first place, the power given by s. 13(3) enables the courts in Canada to reach a position similar to that in Australia by controlling the granting of a decree absolute.

garantie. Je note aussi que, dans le jugement rendu par cette Cour dans l'affaire *Zacks c. Zacks*², le juge Martland, parlant au nom de cette Cour, a dit ceci, selon qu'il est rapporté aux pp. 901-902:

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 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.

Plus loin, à la p. 912, le juge Martland s'exprime en ces termes au sujet du mot anglais «upon» employé à l'art. 11, par. (1):

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.

Ce que l'intimée en ce pourvoi cherche à mettre dans le texte de la *Loi sur le divorce*, c'est quelque chose dont le par. (2) de l'art. 37 de la loi australienne dite *Matrimonial Causes Act*, 1959, n° 104, traite quelque peu différemment. Ce paragraphe prévoit que, dans une requête en divorce fondée sur la séparation, le tribunal peut (pour résumer en peu de mots) refuser de rendre un jugement en faveur du requérant jusqu'à ce que ce dernier ait pris des dispositions satisfaisantes pour fournir l'entretien ou d'autres avantages lorsque le jugement deviendra irrévocable. Sous le régime de la *Loi sur le divorce*, sans d'abord subordonner à une condition préalable le jugement conditionnel, le pouvoir conféré par l'art. 13, par. (3) permet

² [1973] S.C.R. 891.

² [1973] R.C.S. 891.

I do not think it is open to analogize the suspension of an order nisi for divorce, pending the provision of security for maintenance or the satisfying of some other terms, to the suspension of the operative effect of an injunction order. In divorce, we are dealing with a statutory jurisdiction; and even if it be the case that a court may appropriately exercise such ancillary powers as may be necessary, in its view, to make the exercise of that jurisdiction a realization of the policy of the Act, I am unable to agree that where, as in this case, the divorce was based on separation, there can be a conditioning or suspension of a decree nisi pending security for maintenance being furnished when the Legislature has expressly dealt with the matter in another way in s. 9(1)(f).

The position is the same in England where, as stated in Bromley, *Family Law* (4th ed. 1971), at p. 426, "except for maintenance pending suit and orders with respect to children, no order may be made unless a decree nisi of divorce or nullity or a decree of judicial separation has been granted and, in the case of divorce and nullity, it may not take effect until the decree is made absolute".

In my opinion, the substituted paragraph 1 was not within the Court of Appeal's powers and I would set it aside and restore the order for a decree nisi as set out in the formal judgment at trial. It follows that paragraph 8, added by the Court of Appeal, falls also.

Although it may be urged that if paragraph 1 of the Court of Appeal's order is set aside and the decree nisi is made unconditional it is, strict-

aux tribunaux du Canada d'atteindre une position analogue à celle de l'Australie en contrôlant le prononcé d'un jugement irrévocable.

Je ne crois pas qu'il soit permis de faire une analogie entre la suspension d'un jugement provisoire de divorce en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien ou que soient remplies certaines autres conditions, et la suspension de l'effet d'une injonction. En matière de divorce, la compétence est établie par la loi; et même si c'est le cas qu'un tribunal peut exercer convenablement les pouvoirs auxiliaires qu'il juge nécessaires pour faire en sorte que l'exercice de cette compétence soit propre à réaliser la politique de la Loi sur le divorce, je ne puis admettre, dans un cas comme celui qui nous occupe, c'est-à-dire où la requête en divorce est fondée sur la séparation, que l'on puisse suspendre ou assujettir à une condition préalable un jugement conditionnel en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien, quand le corps législatif a expressément statué sur la question d'une autre façon à l'art. 9, par. (1), al. f).

La position adoptée en Angleterre est la même et je cite Bromley, *Family Law* (4^e édition 1971) à la p. 426, [TRADUCTION] «Sauf les mesures provisoires pour l'entretien et les ordonnances concernant les enfants, aucune ordonnance ne peut être rendue à moins que n'ait été prononcé un jugement conditionnel de divorce ou d'annulation ou un jugement en séparation de corps, et, en cas de divorce et d'annulation, l'ordonnance ne peut prendre effet qu'au moment où le jugement est rendu irrévocable».

A mon avis, le paragraphe (1) substitué par la Cour d'appel outrepassé la compétence de cette dernière et je l'infirmerais pour rétablir dans ses termes l'ordonnance de jugement conditionnel énoncée dans le jugement de première instance. Il s'ensuit que le paragraphe (8) ajouté par la Cour d'appel disparaît aussi.

On peut faire valoir que, si le premier paragraphe de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel est rejeté et le jugement conditionnel rendu

ly speaking, unnecessary to deal with the second point in appeal because there is no subject matter left upon which to consider it, this would be taking a too-global view of that order. The Court of Appeal was obviously of the opinion that the wife should have her maintenance secured. The point at issue, which was fully argued and is of considerable importance in the administration of the *Divorce Act*, is whether, the conditional aspect aside, there is power to make the kind of order which the Court of Appeal made. The relevant provisions of the *Divorce Act* put forward in the submissions of counsel are sections 11 and 12 which read as follows:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it 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.

11. (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 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.

irrévocable, il est rigoureusement parlant inutile de statuer sur le second point de l'appel puisqu'il n'en reste plus l'objet à considérer, mais ce serait envisager cette ordonnance trop sommairement. Il est clair que la Cour d'appel était d'avis que l'épouse devait être assurée de l'obtention de son entretien. Le point en litige, qui a été débattu à fond et qui a une grande importance dans l'application de la *Loi sur le divorce*, est de savoir si, laissant de côté l'aspect de subordination à une condition préalable, la Cour d'appel a le pouvoir de rendre le genre d'ordonnance qu'elle a rendue. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* que les avocats ont fait valoir dans leurs plaidoiries sont les articles 11 et 12 qui se lisent ainsi:

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.

11. (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 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. 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.

Counsel for the appellant founds himself, first, on the position that the Court of Appeal ought not to have interfered with the discretion of the trial judge in ordering periodic payments and, second, and mainly, on the line of English authority represented by *Shearn v. Shearn*³, which has been followed in the courts of Canada. On the first point taken, s. 17 of the *Divorce Act* gives the widest powers to the Court of Appeal, and I am unable to say in this case that if that Court had the power to order security for the payment of periodic maintenance it was wrong in doing so. The main submission of the appellant, as to the power to make that type of order, raises a point of first instance here and one on which there appear to be conflicting views taken in other courts in Canada.

It is not contested that s. 11(1) of the *Divorce Act* empowers the Court to secure periodic payments of maintenance, but the parties are apart on whether the court may order periodic payments and require that security be posted to which resort may be had if there is default in making the payments. The difference in these situations is pointed up in *Shearn v. Shearn*, *supra*, at p. 4 where in referring to the powers as to maintenance under s. 190(1)(2) and s. 196 of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925 (U.K.)*, c. 49, the Court said:

The result is as follows: The wife "on the decree" may apply for security or payment or both. On such an application (a) the Court may order the husband to

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.

L'avocat de l'appelant se fonde, premièrement, sur ce que la Cour d'appel n'aurait pas dû s'introduire dans la discrétion du juge de première instance en ordonnant des versements périodiques et, deuxièmement et principalement, sur la jurisprudence anglaise que représente l'arrêt *Shearn v. Shearn*³ qui a été suivi dans les tribunaux du Canada. Sur le premier point soulevé, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère des pouvoirs des plus étendus à la Cour d'appel, et je ne saurais dire en l'espèce que si ce tribunal-là avait le pouvoir d'ordonner que l'on garantisse le paiement périodique d'allocations d'entretien, il a eu tort de le faire. La prétention principale de l'appelant, quant au pouvoir de rendre ce genre d'ordonnance, soulève un point de première instance sur lequel d'autres tribunaux du Canada semblent avoir adopté des vues contradictoires.

Il n'est pas contesté que le par. (1) de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* confère au tribunal le pouvoir d'assurer l'obtention de paiements périodiques d'allocations d'entretien, mais les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si le tribunal peut ordonner des paiements périodiques et exiger le dépôt d'une garantie qui puisse servir en cas de défaut de paiement des allocations. La différence qui existe entre ces deux cas est soulignée dans l'arrêt *Shearn c. Shearn*, précitée, à la p. 4, où la Cour, en parlant des pouvoirs que confèrent quant à l'entretien l'art. 190, par (1) et (2) et l'art. 196 de la loi dite *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925 (R.-U.)*, c. 49, s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Le résultat est le suivant: «Au prononcé du jugement», l'épouse peut demander une garantie ou le paiement ou les deux. Sur présentation

³ [1931] P. 1.

³ [1931] P.1.

secure to the wife a gross sum of money or annual sum of money for any term, not exceeding her life; (b) in addition to or instead of an order to secure, the Court may order the husband to pay to the wife during joint lives a monthly or weekly sum, and may from time to time modify that order to pay, as provided in s. 190, sub-s. 2, and s. 196 of the Act of 1925. But the Court has no power to modify an order to secure, nor has it power in modifying an order to pay to turn it into an order to secure. The two orders are essentially different. The order under s. 190, sub-s. 1, is not an order to make periodical payments and secure the payments: it is an order to secure and nothing else. Under it the only obligation of the husband is to provide the security; having done that, he is under no further liability. He enters into no covenant to pay and never becomes a debtor in respect of the payments. The wife has the benefit of the security and must look to it alone; if it ceases to yield the expected income she cannot call upon the husband to make good the deficiency. . . . The order under sub-s. 2 is not an order to secure—it is an order to make periodical payments. There is no power under sub-s. 2 to order that these payments be secured. If the husband's means increase, the periodical payments can be increased. But however much his ability to secure increases, he cannot under sub-s. 2 be ordered to secure.

The provisions of the Act which were considered in the *Shearn* case empowered the court (1) to order the husband to secure to the wife a gross or annual sum of money, and the court was also authorized to suspend pronouncement of the decree until a proper deed or instrument had been executed; and (2) in addition to or instead of an order aforesaid, to order the husband to pay a monthly or weekly sum for maintenance.

If the order in the present case is validly made, it means that not only is a capital sum tied up to stand as security for the periodic payments but that the obligation to make the

d'une telle requête, a) la Cour peut ordonner au mari d'assurer l'obtention par l'épouse d'une somme globale ou d'une somme annuelle pour une période quelconque, ne dépassant pas le décès de l'épouse; b) en plus ou au lieu de rendre une ordonnance d'assurer l'obtention, la Cour peut ordonner au mari de payer à l'épouse, tant qu'ils vivront tous les deux, une allocation mensuelle ou hebdomadaire, et elle peut, de temps à autre, modifier cette ordonnance de paiement, comme il est prévu à l'art. 190, par. (2) et à l'art. 196 de la loi de 1925. Cependant, la Cour n'a pas le pouvoir de modifier une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention, ni celui de modifier une ordonnance de paiement pour en faire une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention. Les deux ordonnances sont essentiellement différentes. L'ordonnance prévue à l'art. 190, par. (1), n'est pas un ordre de faire des paiements périodiques et d'assurer l'obtention de ces paiements: il s'agit simplement d'un ordre d'assurer l'obtention. Sous son régime, la seule obligation du mari est de fournir la garantie; et une fois qu'il s'en est acquitté, il n'en a pas d'autre. Le mari ne prend aucun engagement de faire des versements et n'en devient jamais le débiteur. L'épouse a le bénéfice de la garantie et ne doit s'en remettre qu'à elle; si la garantie cesse de rapporter le montant prévu, elle ne peut pas faire appel au mari pour combler le déficit. . . . L'ordonnance prévue au par. (2) n'est pas un ordre d'assurer l'obtention; il s'agit d'un ordre de faire des paiements périodiques. Le par. (2) ne confère aucun pouvoir d'ordonner que l'on assure l'obtention de ces paiements. Si les ressources du mari augmentent, les paiements périodiques peuvent être augmentés. Toutefois, il ne peut être ordonné au mari sous le régime du par. (2) d'assurer l'obtention, quelle que soit sa capacité accrue de ce faire.

Les dispositions de la loi britannique qui ont été examinées dans l'affaire *Shearn* confèrent au tribunal le pouvoir (1) d'ordonner au mari d'assurer à la femme l'obtention d'une somme globale ou annuelle, en autorisant aussi le tribunal à surseoir au prononcé du jugement jusqu'à ce que l'acte voulu ait été passé; et (2) en plus ou au lieu de l'ordonnance prévue en (1), d'ordonner au mari de payer une allocation d'entretien mensuelle ou hebdomadaire.

Si l'ordonnance rendue en l'espèce présente est valide, alors non seulement un capital se trouve-t-il bloqué de façon à servir comme garantie des paiements périodiques mais aussi la

payments may be enforced apart from the security, and whether or not the security is ultimately ample enough to provide for the payments.

The relevant words of s. 11(1)(a) of the *Divorce Act* (“... the court may ... make one or more of the following orders (a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for ... maintenance ...”) empower the court to make a combination of orders. I agree with Freedman J.A. (as he then was) in *Kumpas v. Kumpas*⁴, at p. 319, that the controlling words of s. 11(1) are the words “one or more of the following orders”, and that the court is not restricted to the making of one only of the types of orders specified in s. 11(1)(a) (or one only of the same types specified in s. 11(1)(b), which is directed against the wife in favour of the husband). This same view of s. 11(1) was taken by the Alberta Appellate Division in *Switzer v. Switzer*⁵ and by the Ontario Court of Appeal in *Raffin v. Raffin*⁶, and, in my opinion, it is the correct view.

The types of orders specified are (1) an order to secure a lump sum; (2) an order to pay a lump sum; (3) an order to secure periodic sums; and (4) an order to pay periodic sums. I am not concerned in the present case with the discretionary aspect of s. 11(1), that is, with the circumstances in which a lump sum payment should be directed rather than a periodic (weekly or monthly or annual) payment or in which a lump sum should be paid or secured in addition to periodic payments. This involves a host of considerations, among which are the respective ages of the parties, the state of their

personne visée peut être contrainte d'effectuer les paiements indépendamment de la garantie, et que celle-ci soit ou ne soit pas, en fin de compte, suffisante pour assurer les paiements.

Les termes pertinents de l'art. 11, par. (1), al. a) de la *Loi sur le divorce* («... le tribunal peut ... 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...») autorisent le tribunal à rendre un ensemble d'ordonnances. Je suis d'accord avec M. le juge d'appel Freedman (tel était son titre à l'époque), qui disait dans l'arrêt *Kumpas c. Kumpas*⁴, à la p. 319 que les mots-clés de l'art. 11, par. (1) sont les mots «une ou plusieurs des ordonnances suivantes», et que le pouvoir du tribunal ne se limite pas à rendre seulement un des genres d'ordonnances spécifiés à l'art. 11, par. (1), al. a) (ou seulement un des genres semblables spécifiés à l'art. 11 par. (1), al. b), disposition qui s'adresse à l'épouse en faveur du mari). La Division d'appel de l'Alberta a envisagé l'art. 11, par. (1) de la même façon dans l'affaire *Switzer v. Switzer*⁵, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Raffin v. Raffin*⁶, et, à mon avis, c'est voir juste.

Les genres d'ordonnances spécifiés sont (1) une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention d'une somme globale; (2) une ordonnance enjoignant d'effectuer le paiement d'une somme globale (3) une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de sommes échelonnées; et (4) une ordonnance enjoignant d'effectuer le paiement de sommes échelonnées. Je ne m'occupe pas, en l'espèce, de l'aspect discrétionnaire de l'art. 11, par. (1), c'est-à-dire des cas où devrait être ordonné le paiement d'une somme globale plutôt que celui d'une somme hebdomadaire, mensuelle ou annuelle, ou des cas où il faudrait

⁴ (1969), 71 W.W.R. 317, appeal quashed, [1970] S.C.R. 438.

⁵ (1969), 7 D.L.R. (3d) 638.

⁶ [1972] 1 O.R. 173.

⁴ (1969), 71 W.W.R. 317, appel annulé, [1970] R.C.S. 438.

⁵ (1969), 7 D.L.R. (3d) 638.

⁶ [1972] 1 O.R. 173.

health, their means and their present livelihood, the likelihood of remarriage and their dependants. The question in this case is whether in the combination of orders that can be made under s. 11(1) there may be included an order to make periodic payments and concurrently an order to secure those payments, as contrasted with an order to secure periodic payments, such payments to be made only out of the security.

I should say at once that no warrant for such an order can be found in s. 12(b) of the *Divorce Act* which empowers a court in making an order under s. 11 to "impose such terms, conditions or restrictions as the court thinks fit and just". This provision does not enlarge the classes or types of orders that may be made, but operates in respect of those that s.11 authorizes. What, then, are the limits of that authorization?

There is no doubt that the *Divorce Act* has enlarged the court's powers as to the types of maintenance orders that it can make beyond those that are prescribed under the superseded *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265. This provincial Act, similar to the legislation considered in the *Shearn* case, *supra*, extends only to orders securing a gross or annual sum and to orders for monthly or weekly sums; it excludes power to order a lump sum payment *simpliciter* and power to order secured monthly or weekly payments to be made out of the security: see *Maynard v. Maynard*⁷; *McColl v. McColl*⁸. *A fortiori*, it excludes any power to

ordonner que soit effectué le paiement ou assuré l'obtention d'une somme globale en plus de sommes échelonnées. Cela comporte une foule de considérations, notamment l'âge de chacune des parties, leur état de santé, leurs ressources pécuniaires et leurs moyens de subsistance, la probabilité de remariage et les personnes à leur charge. La question en l'espèce est de savoir si, dans l'ensemble d'ordonnances qu'on peut rendre en vertu de l'art. 11, par. (1), on peut inclure une ordonnance enjoignant d'effectuer des paiements périodiques et en même temps une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de ces paiements, par opposition à une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de paiements périodiques, à être effectués par prélèvement sur la garantie fournie.

Je dois dire tout de suite que l'on ne peut trouver aucune autorisation de rendre une telle ordonnance dans l'al. b) de l'art. 12 de la *Loi sur le divorce*, aux termes duquel le tribunal qui rend une ordonnance en vertu de l'art. 11 peut «imposer les modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées». La disposition n'augmente pas le nombre des catégories d'ordonnances ou genres d'ordonnances qu'on peut rendre, mais elle s'applique aux ordonnances qu'autorise l'art. 11. Quelles sont, alors, les limites de cette autorisation?

Il ne fait aucun doute que la *Loi sur le divorce* a étendu les pouvoirs du tribunal quant aux genres d'ordonnances relatives à l'entretien qu'il peut rendre au-delà de ce qui est prescrit dans la loi remplacée dite *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265. Cette loi provinciale, dont les dispositions sont analogues à celles étudiées dans l'affaire *Shearn*, précitée, s'applique seulement aux ordonnances enjoignant d'assurer l'obtention d'une somme globale ou annuelle et aux ordonnances pour des sommes mensuelles ou hebdomadaires; elle ne confère pas le pouvoir d'ordonner le paiement d'une somme globale purement et simplement ni celui d'ordonner

⁷ [1951] S.C.R. 346.

⁸ [1953] O.R. 1017.

order periodic payments and to direct that security be posted to which resort may be had in case of default in making those payments.

It was held in *Johnstone v. Johnstone*⁹, that this last-mentioned type of order, one that is in issue in this appeal, cannot be made under the *Divorce Act*. (I should point out that Lacourcière J. also held that the court could not order payment of both periodic sums and a lump sum for maintenance and, in this respect, he was in error). The judgment of Lacourcière J. in that case was not followed by Galligan J. in *Timmins v. Timmins*, an unreported decision of September 1, 1971 in which an order was made for an annual sum payable monthly, for a lump sum payment and for a charge directed against various enumerated assets of the respondent husband which were to be held as security for the lump sum and periodic payments. In *Legare v. Legare*, also an unreported judgment of Galligan J. of November 29, 1971, affirmed without written reasons by the Court of Appeal on June 14, 1973, the order was for a monthly periodic payment to be secured against certain realty and for a lump sum payment to be secured against the proceeds of the sale of a house. The payments appear to have been ordered not out of the security but apart therefrom.

The point under discussion was touched upon by the Alberta Appellate Division in *Switzer v. Switzer supra*, and I read the reasons of McDer-

que des paiements mensuels ou hebdomadaires dont l'obtention est assurée soient prélevés sur la garantie: voir l'arrêt *Maynard c. Maynard*⁷, et l'arrêt *McColl v. McColl*⁸. Elle exclut donc, *a fortiori*, le pouvoir d'ordonner des paiements périodiques et de prescrire le dépôt d'une garantie qui puisse servir en cas de défaut de faire ces paiements.

Dans l'affaire *Johnstone v. Johnstone*⁹, il a été décidé qu'une ordonnance de ce genre mentionné en dernier lieu, un genre d'ordonnance qui se trouve à être en litige en ce pourvoi, ne peut être rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*. (Je dois faire remarquer que le juge Lacourcière a aussi décidé que le tribunal ne peut pas ordonner à la fois le paiement de sommes échelonnées et d'une somme globale pour l'entretien, et, qu'à cet égard, il a fait erreur.) Le jugement du juge Lacourcière en cette affaire-là n'a pas été suivi par le juge Galligan dans l'affaire *Timmins c. Timmins*, une décision non publiée rendue le 1^{er} septembre 1971 et portant un ordre de payer une somme annuelle en versements mensuels, de payer une somme globale et de grever d'une charge certains biens désignés du mari intimé qui devaient être détenus en garantie du versement de la somme globale et des paiements périodiques. Dans l'arrêt *Légaré c. Légaré*, autre jugement non publié du juge Galligan, en date du 29 novembre 1971, que la Cour d'appel a confirmé le 14 juin 1973 sans donner de motifs par écrit, l'ordre était donné d'affecter certains biens immobiliers à la garantie de paiements périodiques mensuels et d'affecter le produit de la vente d'une maison à la garantie de l'obtention d'une somme globale. Il semble que le juge ait ordonné d'effectuer les paiements indépendamment de la garantie fournie et non pas par prélèvement sur cette garantie.

Le point en discussion a été abordé par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Switzer c. Switzer*, précitée, et j'interprète les motifs de

⁹ [1969] 2 O.R. 765.

⁷ [1951] R.C.S. 346.

⁸ [1953] O.R. 1017.

⁹ [1969] 2 O.R. 765.

mid J.A. for the Court to say that such an order as that in issue here cannot be made under the *Divorce Act*. At p. 643 of his reasons McDermid J.A. says this:

The wording in the Act is the Court may make an order "requiring the husband to secure". The section to my mind contemplates that the Court shall direct the husband to do the things that are necessary to make the security effective and may order him to execute an instrument whereby the sum ordered to be paid is effectively secured on the property. The husband, however, is not personally liable to pay the periodic sums where he has been ordered to secure such sums. In respect of any sum ordered to be paid by the Court but not secured he is, of course, personally liable to pay such sums.

I agree with this view of s. 11(1) of the *Divorce Act*. That provision is just not ample enough to support an order to pay periodic sums and concurrently an order to provide security without directing that the sums be paid out of the security. This is not a case of Tweedledum and Tweedledee. For the husband (or wife, as the case may be) to be ordered to put up security out of which a gross or annual sum or a periodic sum is to be paid is one thing (he or she is then free of any further obligation so long as the order remains in force without variation); for him (or her) to be ordered to make periodic payments and, in addition, to put up security to answer for any of such payments if there is default is something different. It is for Parliament to make this possible by amendment of the *Divorce Act* if it so pleases.

I would accordingly allow the appeal, but would remit the case to the Court of Appeal to consider whether it wishes to secure maintenance to the wife within the limits permitted by s. 11(1)(a) as construed in these reasons. I do

M. le juge d'appel McDermid comme disant qu'une ordonnance du genre de celle qui est en litige ici ne peut être rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*. A la p. 643 de ses motifs, je lis ce qui suit:

[TRADUCTION] Aux termes de la Loi, le tribunal peut rendre une ordonnance « enjoignant au mari d'assurer l'obtention . . . ». A mon sens, l'article envisage que le tribunal ordonnera au mari de faire le nécessaire pour que la garantie soit effective, et que le tribunal pourra lui ordonner de passer un acte par lequel l'obtention de la somme qu'on a donné l'ordre de payer se trouve assurée de façon effective par les biens. Le mari, toutefois, n'est pas personnellement tenu de payer les sommes échelonnées quand on lui a ordonné d'assurer l'obtention de telles sommes. Évidemment, relativement à toute somme qu'on donne l'ordre de payer mais dont l'obtention n'est pas assurée, il est personnellement tenu de payer de telles sommes.

Je me range à cet avis au sujet de l'art. 11, par. (1), de la *Loi sur le divorce*. La disposition dont il s'agit n'a tout simplement pas la portée voulue pour autoriser une ordonnance enjoignant de payer des sommes échelonnées et en même temps une ordonnance enjoignant de fournir une garantie sans préciser que les sommes doivent être payées par prélèvement sur la garantie fournie. Ce n'est pas du pareil au même. C'est une chose que d'ordonner au mari (ou à l'épouse, selon le cas) de déposer une garantie sur laquelle doit être prélevé le versement d'une somme globale ou annuelle ou de sommes échelonnées (il ou elle n'a pas alors d'autre obligation tant que l'ordonnance reste en vigueur sans être modifiée); mais c'est toute autre chose que d'ordonner au mari (ou à l'épouse) d'effectuer des paiements échelonnés et, en plus, de déposer une garantie pour assurer l'obtention de ces paiements en cas de défaut. C'est au Parlement qu'il appartient de rendre cela possible par une modification à la *Loi sur le divorce*, si tel est son bon plaisir.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel qui pourra décider si elle veut assurer l'obtention de l'entretien de l'épouse dans les limites permises par l'al. a) du par. (1) de l'art. 11, tel

not think that this is a case for any order as to costs in this Court.

The judgment of Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting in part*)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery in this case by the Chief Justice of this Court and I agree with him on the first point. In my view, the decree nisi cannot be made conditional upon the previous provision of a specified security.

With due respect, I am not convinced that we should determine the second point. Indeed, I am not convinced that in the proper case the Courts do not have the power to order security to be provided for the periodic maintenance payments, which nevertheless would continue to be made independently, with the security to stand as a guarantee of payment. However, in my view of the case, it is not necessary to deal with this point.

I would allow the appeal and would remit the case to the Court of Appeal for reconsideration.

Appeal allowed with no order as to costs.

Solicitors for the appellant: Scott & Aylen, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.

qu'il est interprété dans les présents motifs. A mon avis, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rendre une ordonnance sur les dépens en cette Cour.

Le jugement des juges Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident en partie*)—J'ai lu les motifs rédigés par le Juge en chef de cette Cour en vue du jugement à rendre dans la présente espèce et je suis d'accord avec lui sur le premier point. A mon avis le jugement conditionnel de divorce ne peut être assujéti au dépôt préalable d'une garantie spécifiée.

Avec tout le respect dû, je ne suis pas convaincu qu'il soit nécessaire de statuer sur le second point. En effet, je ne suis pas convaincu que dans une affaire appropriée les tribunaux soient inhabiles à ordonner qu'une garantie soit fournie pour les paiements échelonnés d'entretien, qui n'en continueraient pas moins d'être effectués indépendamment de semblable garantie, celle-ci devant subsister comme gage de paiement. Cependant, comme je vois la présente espèce, il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point.

Je ferais donc droit au pourvoi et je renverrais le dossier devant la Cour d'appel pour nouvel examen.

Appel accueilli sans adjudication sur les dépens.

Procureurs de l'appelant: Scott & Aylen, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.