

George Hubert Powell *Appellant*;

and

Viola M. Cockburn *Respondent*.

1975: May 7; 1976: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Conflict of laws — Divorce — Recognition of foreign decrees — Jurisdiction — Fraud in obtaining divorce — Fraud going to the merits — Fraud going to the jurisdiction.

Evidence — Presumptions — Burden of proof — Successive presumptions — Alternating duty to adduce evidence — Effect of evidence on presumptions — Probative force of presumptions.

In response to an action taken by appellant for a declaration that the marriage was void by reason of a subsisting marriage of the wife to Cockburn, the wife pleaded that the earlier marriage had been dissolved by decree of divorce in Michigan on April 24, 1947. The trial judge found that Cockburn was at the date of his filing for divorce domiciled in Ontario not in Michigan, that he had not satisfied the Michigan residence requirement of one year *bona fide* residence prior to filing and that his case in the Michigan Court was wholly fraudulent. On the basis of these findings, the trial judge refused recognition of the U.S. decree, declared Powell free of the marriage and set aside a maintenance order in favour of the wife. The Court of Appeal was not convinced that the evidence justified the inferences that Cockburn had not abandoned his domicile of origin in Ontario acquiring a domicile of choice in Michigan or that he had not resided in Michigan for the statutory period of one year.

Held (Judson J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ: Three presumptions operate. They are in favour of: (i) the validity of marriage, (ii) the validity of a foreign divorce decree and (iii) the domicile of origin. They do not cancel nor conflict; the effect is to impose a duty on the party against whom they operate to adduce some evidence on the issue. Accordingly, as that had been

George Hubert Powell *Appellant*;

et

Viola M. Cockburn *Intimée*.

1975: le 7 mai; 1976: le 1^{er} avril.

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

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

Droit international privé — Divorce — Reconnaissance d'un jugement étranger — Compétence — Fraude dans l'obtention du divorce — La fraude porte sur le fond du litige — Fraude affectant la compétence du tribunal.

Preuve — Présomptions — Fardeau de la preuve — Présomptions successives — Alternance du fardeau de la preuve — Effet de la preuve sur les présomptions — Force probante des présomptions.

En défense à une action intentée par l'appellant en vue de faire annuler son mariage en raison du mariage existant de l'intimée avec Cockburn, l'épouse a déclaré que son union avec ce dernier avait été dissoute par un jugement de divorce rendu dans l'État du Michigan le 24 avril 1947. Le juge de première instance a conclu que Cockburn était domicilié en Ontario et non au Michigan lorsqu'il a présenté sa requête en divorce, qu'il n'avait pas rempli les conditions de résidence pour obtenir un divorce dans l'État du Michigan, où il n'avait pas résidé de bonne foi pendant les douze mois précédant immédiatement le dépôt de la requête et que sa requête devant la Cour du Michigan était entièrement frauduleuse. Pour ces motifs, le juge de première instance a refusé de reconnaître le jugement de divorce, a déclaré Powell dégagé des liens du mariage et a annulé une ordonnance de soutien en faveur de l'épouse. La Cour d'appel n'était pas convaincue que la preuve justifiait les conclusions selon lesquelles Cockburn n'avait pas abandonné son domicile d'origine en Ontario pour élire domicile au Michigan et n'avait pas résidé dans l'État du Michigan pendant la période de douze mois.

Arrêt (le juge Judson étant dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz: Trois présomptions sont pertinentes: (i) la présomption de la validité du mariage, (ii) la présomption de la validité d'un jugement de divorce étranger et (iii) la présomption en faveur du domicile d'origine. Elles ne sont pas incompatibles et elles ne s'annulent pas; leur effet est d'obliger la partie visée à présenter une preuve.

done, the presumptions were exhausted. The ultimate onus of proving his case is on the plaintiff throughout.

Where a foreign court is fraudulently led into believing the jurisdictional facts are such as to give it jurisdiction when they are not, this will be a ground for refusal of the domestic court to recognize the decree. Although not at issue here, for reasons of comity and practical difficulties the courts in the past have refused to inquire into fraud going to the merits. Even as to jurisdictional fraud there should be great reluctance to make such a finding. However, where, as here, the trial judge made a positive finding of jurisdictional fraud and there was evidence upon which he could make that finding, an appellate court should not interfere.

In an action for maintenance pursuant to s.1 of the *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c.265 no distinction is to be drawn between void and voidable marriages. The text of the *Act* suggests no such distinction, nor does the policy which extends recognition to the *de facto* marriage resulting from years of co-habitation following an apparently regular form of marriage.

Per Judson J., *dissenting*: For the reasons given in the Court of Appeal the appeal should be dismissed.

[*Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Armitage v. Attorney General*, [1906] P. 135, *Travers v. Holley*, [1953] P. 246 followed; *Le Mesurier v. Le Mesurier*, [1895] A.C. 517 not followed; *Bater v. Bater*, [1906] P. 209; *Crowe v. Crowe*, [1937] 2 All E.R. 723; *Bonaparte v. Bonaparte*, [1892] P. 402; *Shaw v. Gould* (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55; *Pemberton v. Hughes*, [1899] 1 Ch. 781; *Harvey v. Farnie* (1880), 5 P.D. 153; *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*, [1927] A.C. 641; *MacAlpine v. MacAlpine*, [1958] P. 35; *Middleton v. Middleton*, [1967] P. 62; *Williams v. North Carolina* (1944), 325 U.S. 226; *Ramsay v. Ramsay* (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.); *Barnet v. Barnet*, [1934] O.R. 347 (C.A.) referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ reversing a decision of Cromarty J. at trial², declaring null and void the marriage of the parties. Appeal allowed, Judson J. dissenting.

¹ [1973] 2 O.R. 188.

² [1973] 1 O.R. 497.

En conséquence, chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions ont été repoussées. L'ultime fardeau de la preuve incombait à l'appelant depuis le début.

Lorsqu'un tribunal étranger est induit frauduleusement à croire que les faits pertinents sont tels qu'ils lui confèrent la compétence voulue quand, en réalité, ils n'ont pas cet effet, le tribunal domestique considérera ce motif suffisant pour ne pas reconnaître le jugement étranger. Pour des raisons pratiques et de courtoisie, les tribunaux ont jusqu'à présent refusé de se pencher sur la fraude portant sur le fond d'un litige. Même dans le cas de fraude relative à la compétence, il faut hésiter avant de conclure à la fraude. Cependant, lorsque comme en l'espèce, un juge de première instance a conclu à la fraude relative à la compétence, en se fondant sur des preuves, la Cour d'appel ne devrait pas intervenir.

Dans une demande de pension alimentaire, présentée en conformité de l'art. 1 de la *Matrimonial Causes Act*, S.R.O. 1970, c. 265, aucune distinction ne doit être faite entre les mariages nuls et annulables. Cette distinction ne ressort ni du texte de la Loi ni du fait que l'on reconnaît le mariage *de facto*, résultant de plusieurs années de vie commune dans le cadre d'un mariage apparemment régulier.

Le juge Judson, dissident: Pour les motifs retenus par la Cour d'appel, le pourvoi devrait être rejeté.

[Arrêts suivis: *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Armitage v. Attorney General*, [1906] P. 135, *Travers v. Holley*, [1953] P. 246; Arrêt non suivi; *Le Mesurier v. Le Mesurier*, [1895] A.C. 517; Arrêts mentionnés: *Bater v. Bater*, [1906] P. 209; *Crowe v. Crowe*, [1937] 2 All E.R. 723; *Bonaparte v. Bonaparte*, [1892] P. 402; *Shaw v. Gould* (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55; *Pemberton v. Hughes*, [1899] 1 Ch. 781; *Harvey v. Farnie* (1880), 5 P.D. 153; *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*, [1927] A.C. 641; *MacAlpine v. MacAlpine*, [1958] P. 35; *Middleton v. Middleton*, [1967] P. 62; *Williams v. North Carolina* (1944), 325 U.S. 226; *Ramsay v. Ramsay* (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.); *Barnet v. Barnet*, [1934] O.R. 347 (C.A.).]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ infirmant une décision du juge de première instance Cromarty² déclarant le mariage des parties nul et de nul effet. Pourvoi accueilli, le juge Judson étant dissident.

¹ [1973] 2 O.R. 188.

² [1973] 1 O.R. 497.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz J.J. was delivered by

DICKSON J.—The issue in these proceedings is whether the marriage between the appellant, George Hubert Powell, and the respondent, Viola M. Cockburn, (whom I shall refer to as the “wife”) solemnized at the City of Guelph, Ontario on April 5, 1951, is void because of a valid and subsisting marriage of the wife to James Collier Cockburn.

I

In response to an action brought by Powell for a declaration that his marriage to the wife was void by reason of a subsisting marriage to Cockburn, the wife pleaded that her marriage to Cockburn was dissolved by decree of divorce in the State of Michigan on April 24, 1947. She pleaded further that at the time of the divorce Cockburn was domiciled in the State of Michigan and that he had been a resident of that State for a period in excess of two years prior to the divorce decree. In a reserved judgment in which the evidence and the authorities were thoroughly canvassed, the trial judge, Cromarty J., made three very significant findings: (i) that at the date of filing his Bill of Complaint for Divorce in the Michigan Court on November 22, 1946, Cockburn was domiciled in Ontario and not in Michigan; (ii) that Cockburn had not satisfied the residence requirements for divorce in the State of Michigan, not having been a *bona fide* resident of the State for one year prior to the filing of his petition; (iii) that Cockburn’s case in the Michigan Court was wholly fraudulent. On these findings the trial judge refused recognition of the foreign divorce decree, declaring Powell free from the bond of marriage between himself and the wife. He also set aside an order for maintenance in favour of the wife. On appeal the Court of Appeal reversed. Schroeder J.A. delivered an oral judgment for the Court in which he said:

The evidence has been exhaustively reviewed by both counsel and, upon a careful consideration of all the testimony, we are far from convinced that viewed in its entirety it justified the learned trial Judge in drawing the inference that (a) the said Collier [sic] had not

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Il s’agit de déterminer en l’espèce si le mariage de l’appelant, George Hubert Powell, avec l’intimée, Viola M. Cockburn (que j’appellerai l’«épouse»), contracté le 5 avril 1951 dans la ville de Guelph (Ontario), est nul en raison du mariage existant et valide de cette dernière avec James Collier Cockburn.

I

En défense à une action intentée par Powell en vue de faire annuler son mariage avec l’épouse en raison du mariage existant avec Cockburn, l’épouse a déclaré que son union avec ce dernier avait été dissoute par un jugement de divorce rendu dans l’État du Michigan le 24 avril 1947. Elle a allégué, en outre, qu’au moment du divorce, Cockburn était domicilié dans l’État du Michigan où il avait résidé pendant plus de deux ans avant le jugement de divorce. Après avoir délibéré, le juge de première instance Cromarty a rendu un jugement dans lequel il examinait attentivement les dépositions ainsi que la jurisprudence. Il y formulait trois conclusions très importantes: (i) Cockburn était domicilié en Ontario et non au Michigan lorsqu’il a présenté sa requête en divorce à la Cour du Michigan le 22 novembre 1946; (ii) Cockburn n’avait pas rempli les conditions de résidence pour obtenir un divorce dans l’État du Michigan, où il n’avait pas résidé de bonne foi pendant les douze mois précédant immédiatement le dépôt de sa requête; (iii) la requête de Cockburn devant la Cour du Michigan était entièrement frauduleuse. Pour ces motifs, le juge de première instance a refusé de reconnaître le jugement de divorce étranger et déclaré Powell dégagé des liens du mariage avec l’épouse. Il a aussi annulé une ordonnance de soutien en faveur de l’épouse. Toutefois, la décision a été infirmée en Cour d’appel. Dans l’arrêt rendu oralement au nom de ladite Cour, le juge Schroeder dit:

[TRADUCTION] Les deux avocats ont fait une revue exhaustive de la preuve; après un examen soigneux de tous les témoignages, nous sommes loin d’être convaincus que, considérés dans leur ensemble, ils justifient les conclusions du savant juge de première instance selon

abandoned his domicile of origin in Ontario and acquired a domicile of choice in Michigan or (b) that he had not resided in the State of Michigan for the statutory period of one year prior to the commencement of the said divorce proceedings.

He continued with these observations:

It must be borne in mind that the evidence required to overcome the presumption as to the validity of the marriage between the parties to this action must be of a cogent and convincing character, since the judgment has such a significant bearing on the status of these parties with all the consequences which flow from it. It was quite possible, for all that the evidence revealed to the contrary, that James Collier Cockburn might have been resident in two jurisdictions throughout the statutory period as required under the Michigan Divorce Law.

and concluded:

The evidence leaves too many gaps both on the issue of domicile and on the issue as to whether the appellant had fulfilled the condition as to the required period of residence in Michigan. This vital question might have been resolved by the evidence of James Collier Cockburn adduced either before the Court in this action, or taken on commission and read into the record at the trial. The decision turns essentially upon the proper inferences to be drawn from all the facts disclosed on the record, and we are not prepared to say that the inferences drawn by the learned trial Judge and upon which his judgment is founded, are adequately supported by the evidence adduced.

The disparate views concerning the appropriate inferences to be drawn from the evidence compel narration of the evidence at trial before the legal issues to which the case gives rise can be considered.

II

Cockburn was born in Ottawa on January 26, 1916. He lived in Ontario until joining the Canadian army in 1939 and two years later, proceeded overseas. In 1943, he was discharged from the army and returned to Canada, residing in Toronto until October 1944. In that month he and the wife were married in New York City and immediately thereafter travelled to Vancouver. Cockburn represented that he was the editor of a newspaper in that city. Three days later he left the hotel in which the parties had been staying, taking with

lesquelles a) ledit Collier [*sic*] n'avait pas abandonné son domicile d'origine en Ontario pour élire domicile au Michigan et b) qu'il n'avait pas résidé dans l'État du Michigan pendant la période obligatoire de douze mois précédant l'introduction de la procédure de divorce.

et plus loin:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la preuve exigée pour repousser la présomption de la validité du mariage entre les parties en cause doit être convaincante et péremptoire, vu l'importance du jugement sur leur statut et toutes les conséquences qui en découlent. Compte tenu des éléments de preuve à l'effet contraire, il est tout à fait possible que James Collier Cockburn ait résidé dans deux ressorts pendant toute la période exigée par la *Michigan Divorce Law*.

pour conclure:

[TRADUCTION] La preuve ne répond pas à tous les points d'interrogation sur la question du domicile et sur le fait de savoir si l'appelant a satisfait aux exigences de la période de résidence au Michigan. Si James Collier Cockburn avait témoigné, soit devant la Cour soit devant une commission rogatoire dont le compte-rendu aurait été versé au procès, il aurait pu répondre à cette question fondamentale. Le jugement dépend essentiellement des déductions appropriées à tirer de tous les faits exposés au dossier et nous ne sommes pas prêts à dire que les déductions sur lesquelles se fonde le savant Juge de première instance trouvent une justification suffisante dans la preuve produite.

Les divergences d'opinions à l'égard des déductions appropriées à tirer de la preuve nous obligent à présenter en détail la preuve produite en première instance avant de pouvoir examiner les questions de droit que soulève l'espèce.

II

Cockburn est né le 26 janvier 1916 à Ottawa. Il vécut en Ontario jusqu'à son enrôlement dans l'armée canadienne en 1939. Il fut envoyé outre-mer deux ans plus tard. En 1943, il fut démobilisé et revint au Canada. Il résida à Toronto jusqu'en octobre 1944 et ce mois-là, contracta mariage avec l'épouse dans la ville de New York. Immédiatement après le mariage ils se rendirent tous deux à Vancouver, où, selon ses dires, il était rédacteur d'un journal de cette ville. Trois jours plus tard, il quitta l'hôtel où il était descendu avec l'épouse,

him the wife's purse containing her savings, and did not return. In December, 1944 he enlisted in the United States army; six months later he became a citizen of that country. Following discharge from the army in November, 1945, he went to Detroit, Michigan, and stayed with an aunt resident in that City. His brother, Robert Cockburn, met him at the Central Station in Detroit, in November or December, 1945, and stayed with him in Detroit for a few days. Robert Cockburn never saw his brother in Detroit again. During his military service in the United States, Cockburn was in communication with the wife by letter from time to time; after discharge from the army, he wrote to her from Detroit and offered to resume cohabitation. She declined.

The next development in the unfolding story comes from the evidence of Robert Cockburn who told the Court that at the end of January, 1946, he had joined his parents in Lima, Ohio, to celebrate his brother's birthday. James Cockburn was then occupying a small apartment and operating a business in Lima by the name of Marburn Beauty Supply. This evidence, which the trial judge accepted without reservation, was strongly supported by one of the exhibits, consisting of three pages from the Lima telephone directory of July, 1946, containing a residential listing for a James C. Cockburn at 216½ East Market Street and a commercial listing: "Beauty Shop Equipment & Supplies. Marburn Beauty Supplies Co., 216 East Market St."

There was thus evidence of residence in, and strong ties with, the State of Ohio. On the other hand, Marvin K. Rosen, a Detroit attorney, told the trial judge that he had been retained in April, 1946 to represent Cockburn on a criminal charge, later dismissed. At that time Cockburn enquired about the possibility of obtaining a divorce and Rosen advised him that the laws of Michigan required one year of residence prior to instituting proceedings. Rosen said that Cockburn returned in November, 1946 and divorce proceedings were then instituted. This evidence of a Michigan connection was reinforced by evidence from the records of a company called International Milling Co. which showed that Cockburn commenced

emportant son sac à main qui contenait ses économies, pour ne plus revenir. En décembre 1944, il s'enrôla dans l'armée américaine et devint citoyen américain six mois plus tard. Après sa démobilisation en novembre 1945, il se rendit à Detroit (Michigan) où il habita chez une tante qui y demeurait. Son frère, Robert Cockburn, le retrouva à la gare centrale de Detroit en novembre ou en décembre 1945 et séjourna quelques jours avec lui dans cette ville. Robert Cockburn n'a jamais revu son frère à Detroit. Durant son service militaire aux États-Unis, Cockburn correspondit de temps en temps avec l'épouse; après sa démobilisation, il lui demanda, dans une lettre envoyée de Detroit, de reprendre la vie commune, ce qu'elle refusa.

La suite de l'histoire est tirée du témoignage de Robert Cockburn devant la Cour. Il déclare qu'à la fin de janvier 1946, il rejoignit ses parents à Lima, Ohio, pour célébrer l'anniversaire de son frère. James Cockburn occupait alors un petit appartement et exploitait à Lima une entreprise du nom de Marburn Beauty Supply. Ces faits, admis sans réserve par le juge de première instance, sont corroborés par l'une des pièces produites au procès, à savoir trois pages de l'annuaire téléphonique de Lima de juillet 1946 où sont inscrits l'adresse du domicile d'un certain James C. Cockburn, 216½ East Market Street et l'adresse d'un établissement commercial, «Beauty Shop Equipment & Supplies. Marburn Beauty Supplies Co., 216 East Market St.».

Ce sont donc des preuves de résidence et d'attaches certaines dans l'État de l'Ohio. En revanche, Marvin K. Rosen, avocat à Detroit, a déclaré au procès qu'il avait été chargé de représenter Cockburn en avril 1946 pour une accusation au criminel pour laquelle il y eut un non-lieu. A cette époque, Cockburn s'était renseigné sur la possibilité d'obtenir un divorce et Rosen l'avait informé que la loi au Michigan exigeait un an de résidence avant l'introduction de la requête. Rosen a ajouté que Cockburn était revenu le voir en novembre 1946 et qu'une requête en divorce avait alors été déposée. Cette preuve de rattachement au Michigan est renforcée par les dossiers d'une compagnie appelée International Milling Co., lesquels indiquent que

employment on May 3, 1946 as a junior salesman and terminated employment October 8, 1946. His address, according to the records of the company, was "803 Seward, Detroit". The trial judge found that during his period of employment with International Milling Co. Cockburn was living in Lima, Ohio and not in Michigan, even though he gave his aunt's home as his place of residence.

The next piece of evidence placed Cockburn outside the State of Michigan. Mr. Mike Bige testified that in May or June, 1946 he rented a house located at 3730 Bellevue Road in Toledo, Ohio to Cockburn and a woman, known as Ruth Mary, with whom Cockburn was then living and whom he later married. Bige swore that Cockburn was in the house from June, 1946 until evicted in May, 1948. Cockburn was President of Saner Supply Co., distributor of beauty supply products, and was formerly of Lima, Ohio.

Such is the state of the record at the date when Cockburn's divorce petition against the wife was filed in the City of Detroit. Evidence of events thereafter is not of great consequence, for the determinant twelve months were those immediately preceding the date of initiation of divorce proceedings. Between that date and the date of granting the decree, Rosen saw Cockburn four or five times. Rosen communicated with his client through an address and phone number in Detroit, leaving a message, which Cockburn would answer by return call or a visit to Rosen's office. The trial judge found that Cockburn was simply using this address for the purpose of receiving mail and telephone calls and that at the time he was living in Lima, Ohio and running a business there, probably from as early as December, 1945. Rosen's further evidence was to the effect that after the Bill of Complaint was filed Cockburn told him that his, Cockburn's, company was sending him to Lima, Ohio to work. When the date of the divorce hearing was known, Rosen wrote to Cockburn at an address in Lima.

On April 27, 1947 Cockburn, the peregrinating petitioner, was granted a decree for divorce by the Circuit Court for the County of Wayne, State of Michigan on grounds of extreme repeated cruelty

Cockburn y a travaillé du 3 mai 1946 au 8 octobre 1946 comme vendeur et que son adresse était alors «803 Seward, Detroit». Le juge de première instance a conclu que lorsqu'il travaillait chez International Milling Co., Cockburn vivait à Lima (Ohio) et non au Michigan, bien qu'il eût donné l'adresse de sa tante comme lieu de résidence.

Une autre déposition situe Cockburn à l'extérieur de l'État du Michigan. Mike Bige a témoigné qu'en mai ou en juin 1946, il avait loué une maison située au 3730 Bellevue Road à Toledo (Ohio) à Cockburn et à une femme du nom de Ruth Mary, avec laquelle celui-ci vivait et qu'il a épousée par la suite. Bige a affirmé sous serment que Cockburn avait habité cette maison de juin 1946 jusqu'à son éviction en mai 1948. Cockburn était alors président de Saner Supply Co., distributeur de produits de beauté, et avait demeuré à Lima (Ohio) auparavant.

Voilà la situation au moment où Cockburn dépose à Detroit une requête en divorce contre l'épouse. La preuve touchant les événements postérieurs ne revêt pas beaucoup d'importance parce que les douze mois décisifs sont ceux précédant immédiatement l'introduction de la procédure de divorce. Entre cette date et celle du jugement de divorce, Rosen a vu Cockburn quatre ou cinq fois. Il avait une adresse et un numéro de téléphone à Detroit où rejoindre son client et il communiquait avec lui en laissant des messages auxquels Cockburn donnait suite soit par téléphone, soit en se rendant à son bureau. Le juge de première instance a conclu que Cockburn se servait de cette adresse simplement pour y recevoir du courrier et des appels téléphoniques et qu'il vivait à cette époque à Lima (Ohio) où il exploitait un commerce probablement depuis décembre 1945. Rosen a déclaré aussi qu'après la présentation de la requête, Cockburn lui avait dit que sa compagnie l'envoyait à Lima (Ohio). Rosen lui écrit à Lima pour l'aviser de la date d'audition du divorce.

Cockburn, notre requérant itinérant, obtint un jugement de divorce de la Cour de circuit du comté de Wayne, dans l'État du Michigan, le 27 avril 1947 pour sévices graves répétés et abandon

and desertion on the part of the wife. The wife was advised by mail of the Bill of Complaint in the divorce proceedings. She retained counsel but did not contest the allegations of Cockburn and she was taken by the Michigan Court as having confessed for failure to appear after due service. In July or August, 1947, Cockburn's brother visited Cockburn and Ruth Mary on several occasions at 3730 Bellevue Road, Toledo.

Four years later the wife married Powell. They separated in the latter part of 1958 after seven years of marriage. In August, 1959 the wife issued a writ, seeking alimony and on July 4, 1959 Ferguson J. gave judgment in her favour based on minutes of settlement which provided for \$600 arrears of alimony and \$40 per week from December 3, 1959. In September, 1969 she made an application to increase the weekly allowance and in December, 1969 Powell commenced the present proceedings to have the purported marriage between himself and the wife declared void. On May 29, 1970 while these proceedings were pending, Lacourcière J. made an order increasing the alimony payment to \$60 per week from May 29, 1970.

In May, 1971, Powell moved in the State of Michigan to set aside the 1946 divorce on the ground that Cockburn had never been a resident of Michigan and that the Michigan Court lacked jurisdiction. The motion was denied on the ground that Powell had no standing to challenge the validity of a divorce action in which he was not a party. At the time of the trial of the present action it appeared that Cockburn had been divorced in California from Ruth Mary and was living in the State of New Jersey.

The foregoing, I believe, fairly summarizes the evidence upon which Mr. Justice Cromarty concluded that Cockburn was not resident in Michigan for the twelve month period preceding the institution of his divorce proceedings in Detroit in November, 1946.

de l'épouse. Cette dernière fut avertie par lettre du dépôt de la requête en divorce. Elle retint les services d'un avocat, mais ne contesta pas les allégations de Cockburn. La Cour du Michigan considéra comme un aveu le défaut de comparution de l'épouse après signification en bonne et due forme. En juillet ou en août 1947, le frère de Cockburn rendit visite à plusieurs reprises à ce dernier et à Ruth Mary au 3730 Bellevue Road à Toledo.

Quatre ans plus tard, l'épouse se mariait avec Powell dont elle se sépara à la fin de 1958, après sept ans de mariage. En août 1959, l'épouse assigna Powell en justice pour obtenir une pension alimentaire. Le 4 juillet 1959, en se fondant sur les minutes de l'accord de séparation, le juge Ferguson lui accorda \$600 d'arrérages de pension alimentaire et fixa celle-ci à \$40 par semaine à partir du 3 décembre 1959. En septembre 1969, l'épouse présenta une demande d'augmentation de cette pension hebdomadaire et, en décembre 1969, Powell intenta les présentes procédures afin de faire annuler le mariage contracté avec elle. Le 29 mai 1970, l'action étant toujours en instance, le juge Lacourcière rendit une ordonnance portant la pension alimentaire à \$60 par semaine à compter de ce jour-là.

En mai 1971, Powell se rendit dans l'État du Michigan pour faire annuler le divorce de 1946 au motif que Cockburn n'avait jamais résidé dans cet état et que la Cour du Michigan n'était pas compétente en la matière. La requête fut rejetée pour le motif que Powell n'avait pas qualité pour contester la validité d'une action en divorce à laquelle il n'était pas partie. Au moment du procès dans l'affaire présente, il semble que Cockburn avait divorcé d'avec Ruth Mary en Californie et qu'il vivait dans l'État du New Jersey.

Ces faits résument bien, à mon avis, la preuve sur laquelle s'est fondée le juge Cromarty pour conclure que Cockburn n'avait pas résidé au Michigan durant les douze mois précédant l'introduction de la procédure de divorce à Détroit, en novembre 1946.

III

The factums in this case make frequent reference to "presumptions", each side seeking to throw the burden of adducing evidence upon the other. There would seem to be some confusion as to the legal effect of presumptions. In the case before us, there are three presumptions which may be relevant: (i) the presumption of validity of marriage (Powell and the wife; Cockburn and the wife); (ii) the presumption of validity of a foreign divorce decree (Cockburn and the wife); and (iii) the presumption in favour of the domicile of origin (Cockburn). Strictly speaking, they do not conflict nor cancel each other out, nor do they give added probative value. Their only effect is to impose a duty on the party against whom they operate to adduce some evidence (See 9 *Wigmore on Evidence*, S. 2487, p. 281). They may, as in the present case, impose an alternating duty to produce evidence which shifts from one party to the other, a process which Wigmore describes as "successive presumptions" (S. 2493, p. 292). At the outset the appellant Powell faced a presumption of validity with regard to his marriage to the wife. He satisfied this presumption by leading evidence to show the existence of her prior marriage. With regard to this marriage, too, there was a presumption of validity, but the two presumptions did not conflict. Rather, the wife had to lead evidence to show that the previous marriage had been terminated. This she did by evidence of the foreign divorce. Evidence having been led on each issue the presumptions disappeared. It fell then to the trier of fact to decide the issues upon all of the evidence adduced. In this case if the trier of fact was not satisfied on a balance of probabilities that Powell had proved his case (that the Powell-Cockburn marriage was a nullity), then Powell must fail. The ultimate burden of proof, the risk of non-persuasion of the trier of fact, rested on Powell throughout.

On the evidence, the judge at trial held that Powell had satisfied the burden which rested upon him. As I have intimated, the Court of Appeal held that there was too much doubt on the issues of Cockburn's domicile and residence to say that Powell had overcome the presumption of validity

III

Les factums parlent fréquemment de «présomptions», chaque partie essayant d'imposer à l'autre le fardeau de la preuve. Les effets juridiques des présomptions semblent soulever une certaine confusion. En l'espèce, trois présomptions peuvent être considérées pertinentes: (i) la présomption de la validité du mariage (Powell et l'épouse; Cockburn et l'épouse); (ii) la présomption de la validité d'un jugement de divorce étranger (Cockburn et l'épouse) et (iii) la présomption en faveur du domicile d'origine (Cockburn). Au sens strict, elles ne sont pas incompatibles et elles ne s'annulent pas mutuellement ni n'ajoutent à la valeur probante. Elles ont pour seul effet d'obliger la partie visée à présenter une preuve (voir 9 *Wigmore on Evidence*, S. 2487 à la p. 281). Elles peuvent également, comme en l'espèce, faire alterner le fardeau de la preuve entre les parties, processus que Wigmore appelle «présomptions successives» (S. 2493 à la p. 292). Au départ, le mariage de l'appellant Powell avec l'épouse faisait l'objet d'une présomption de validité. Powell a repoussé cette présomption en prouvant l'existence du mariage précédent de l'épouse. Ce mariage aussi faisait l'objet d'une présomption de validité, mais les deux présomptions n'étaient pas incompatibles. Par contre, l'épouse devait fournir la preuve de la dissolution de son premier mariage et elle l'a fait en produisant le jugement de divorce étranger. Chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions se sont trouvées repoussées. Il appartenait donc au juge des faits de trancher les questions litigieuses à la lumière de toute la preuve produite. Dans ce cas, si le juge des faits n'était pas convaincu, vu la prépondérance des probabilités, que Powell avait établi la nullité du mariage Powell-Cockburn, alors Powell ne pouvait avoir gain de cause. L'ultime fardeau de la preuve, le risque de ne pas convaincre le juge des faits, incombait à Powell depuis le début.

A la lumière de la preuve, le juge de première instance a statué que Powell s'était acquitté de la charge de la preuve. Comme je l'ai indiqué, la Cour d'appel a soutenu que les questions de domicile et de résidence de Cockburn soulevaient encore trop de doutes pour pouvoir affirmer que

of the parties' marriage. In reaching that conclusion, Schroeder J.A. speaks of "the evidence required to overcome the presumption as to the validity of the marriage of the parties to this action", seeming to treat the presumption as having an artificial probative force, giving Powell an added burden to displace. If I am correct in my understanding of what Mr. Justice Schroeder is saying then in my opinion, with respect, he erred. When Powell came forward with evidence, the presumption of validity with respect to his marriage disappeared, and it was then for the judge to give force as he saw fit to the totality of probative matter. On each issue before the Court there was some evidence; hence presumptions were dispelled.

IV

Counsel for the wife submitted that domicile is not the sole test for recognition of foreign divorce decrees (*LeMesurier v. LeMesurier*³ and that our courts will recognize foreign decrees granted by a jurisdiction with which the petitioner or respondent has a "real and substantial connection" (*Indyka v. Indyka*⁴). Counsel maintained that Cockburn had a real and substantial connection with the State of Michigan or, in the alternative, with the State of Ohio. If the connection was with Ohio then, following *Armitage v. Attorney General*⁵, our courts should give recognition to the Michigan decree because Ohio would do so under the Full Faith and Credit Clause of the United States Constitution.

In *Indyka's* case the Law Lords discussed at length the various grounds upon which foreign divorce decrees may be accorded recognition in English courts. In that case, a Czechoslovakian divorce decree granted to a wife resident in Czechoslovakia was given recognition in England. The husband, a Czech national, at the time of the divorce had acquired an English domicile. Subsequently, he married his second wife in England. When she petitioned for divorce, he cross-peti-

Powell avait repoussé la présomption de la validité du mariage des parties. En arrivant à cette conclusion, le juge Schroeder parle de [TRADUCTION] «la preuve nécessaire pour repousser la présomption de la validité du mariage des parties en cause»; il semble alors donner à la présomption une valeur probante artificielle, ajoutant un autre élément que Powell devait réfuter. Si je saisis bien le sens des paroles du juge Schroeder, alors je dirais respectueusement qu'il s'est trompé. Par la preuve qu'il a apportée, Powell a détruit la présomption de validité de son mariage et il appartenait donc au juge de donner effet, comme il le jugeait à propos, à l'ensemble de la preuve. Une preuve a été présentée sur chaque point soulevé en Cour et les présomptions ont été ainsi repoussées.

IV

L'avocat de l'épouse a soutenu que le domicile n'est pas le seul critère de reconnaissance des jugements de divorce étrangers (*LeMesurier v. LeMesurier*³) et que nos tribunaux reconnaissent les jugements étrangers prononcés par un tribunal du ressort avec lequel le requérant ou l'intimé a un [TRADUCTION] «lien réel et solide» (*Indyka v. Indyka*⁴). L'avocat a soutenu que Cockburn avait un lien réel et solide avec l'État du Michigan ou alors avec l'État de l'Ohio. S'il s'agit de l'Ohio, nos tribunaux devraient, en s'inspirant de l'affaire *Armitage v. Attorney General*⁵, reconnaître le jugement du Michigan parce que l'Ohio aurait agi ainsi en vertu de la *Full Faith and Credit Clause* de la constitution américaine (exequatur réciproque des jugements dans tous les États).

Dans l'affaire *Indyka*, les lords juges ont longuement examiné les divers motifs de reconnaissance des jugements de divorce étrangers par les tribunaux anglais. Dans cette affaire-là, un jugement de divorce tchécoslovaque accordé à une épouse résidant en Tchécoslovaquie a été reconnu en Angleterre. L'époux, un Tchèque, avait acquis un domicile anglais au moment du divorce. Par la suite, il épousa sa deuxième femme en Angleterre. A la demande en divorce de cette dernière, il opposa

³ [1895] A.C. 517.

⁴ [1969] 1 A.C. 33 (H.L.).

⁵ [1906] P. 135.

³ [1895] A.C. 517.

⁴ [1969] 1 A.C. 33 (H.L.).

⁵ [1906] P. 135.

tioned for nullity, arguing that the Czech divorce would not be recognized in England, the domicile of the parties. It is difficult to extract a *ratio decidendi* from the judgments in *Indyka*; their Lordships held for a variety of reasons that the foreign decree had dissolved the first marriage for the purposes of English law. Various alternative grounds for extending recognition to foreign divorce decrees were considered, including, domicile, the place of the matrimonial home, the residence of one or both parties, the country of nationality, "domicile" defined in a less exacting manner, the predominant country with regard to the spouses, the place of celebration of the marriage, and a place with which there is a real and substantial connection. The decision might have rested on the application of the reciprocity rule in *Travers v. Holley*⁶, but the Court, in discussing the multifarious grounds for recognition, chose to make the scope and effect of the decision much broader. The judgment has been interpreted, in my view correctly, as deciding (i) *LeMesurier* is no longer good law insofar as it holds that recognition will be extended only to divorce decrees granted in the domicile, for that is only one of several bases for jurisdiction; (ii) an English court should recognize a foreign decree "whenever a real and substantial connection is shown between the petitioner and the country, or territory, exercising jurisdiction" (Cheshire, *Private International Law*, 8th ed. (1970), at p. 363).

Before deciding whether a real and substantial connection test should be adopted as the basis for the exercise of divorce jurisdiction in Canada, it would seem well to settle the issue of fraud. If the divorce decree can be successfully attacked on that ground, further consideration of a real and substantial connection test becomes unnecessary it will also be apparent of course that if the sole test for recognition of foreign decrees is domicile, there would be no need even to enter into a discussion of fraud. The trial judge's finding that Cockburn was domiciled in Ontario would conclude the matter against the wife.

⁶ [1953] P. 246.

une demande reconventionnelle en nullité de mariage, soutenant que le divorce tchécoslovaque ne pouvait pas être reconnu en Angleterre, domicile des parties en cause. Il est difficile de tirer une *ratio decidendi* des motifs de jugement dans l'affaire *Indyka*. Leurs Seigneuries ont décidé, pour des raisons diverses, que le jugement étranger avait dissout le premier mariage à l'égard du droit anglais. On a tenu compte de multiples autres motifs pour reconnaître les jugements de divorce étrangers, notamment, le domicile, le lieu du domicile conjugal, la résidence de l'une ou des deux parties, le pays de citoyenneté, le «domicile» défini moins strictement, le pays où les conjoints résident le plus souvent, le lieu où le mariage a été célébré et un endroit avec lequel existe un lien réel et solide. La décision aurait pu se fonder sur l'application de la règle de la réciprocité établie dans l'affaire *Travers v. Holley*⁶, mais la Cour, en examinant les divers motifs de reconnaissance, a préféré élargir la portée et l'effet de la décision. A mon avis, on a interprété avec raison l'arrêt comme établissant (i) que l'affaire *LeMesurier* ne constitue plus un précédent valable dans la mesure où elle établit que seuls sont reconnus les jugements de divorce prononcés dans le lieu du domicile car ce n'est qu'un des nombreux critères de compétence et (ii) qu'un tribunal anglais devrait reconnaître un jugement étranger [TRADUCTION] «lorsqu'il existe un lien réel et solide entre le requérant et le pays ou le territoire exerçant sa compétence» (Cheshire, *Private International Law*, 8^e éd. (1970) à la p. 363).

Avant de décider si l'exercice de la compétence en matière de divorce au Canada devrait se fonder sur le critère du lien réel et solide, il serait préférable de régler la question de la fraude. Si l'on peut annuler le jugement de divorce pour ce motif, l'étude du lien réel et solide devient inutile. Il est aussi évident que si le domicile était le seul critère de reconnaissance des jugements étrangers, il ne serait même pas nécessaire d'examiner la question de la fraude. La conclusion du juge de première instance que Cockburn était domicilié en Ontario trancherait la question au détriment de l'épouse.

⁶ [1953] P. 246.

V

A general statement as to the effect of fraud in procuring a foreign judgment will be found in Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), at p. 448:

It is well established that *fraus omnia corrumpit*. This was emphasized by Chief Justice de Grey in the *Duchess of Kingston's Case* in the following words:

"Fraud is an extrinsic collateral attack which vitiates the most solemn proceedings of courts of justice."

and at p. 498:

Fraud in obtaining jurisdiction over the defendant is a good ground of defence against the enforcement of the foreign judgment. The courts believe that facts which relate to jurisdiction are so important that they should always be open to attack on the ground of their falsity. This rule applies even if the foreign court has declared itself competent upon trial of this issue. This attitude has been influenced by the theory that the validity of a foreign judgment can always be questioned for lack of jurisdiction in the foreign court. *Biggar v. Biggar*, [1930] 2 D.L.R. 940.

The foregoing statement of law is subject to some qualification in relation to recognition of foreign divorce decrees. If the fraud in obtaining the foreign decree goes to the merits of the petition, domestic courts will not pay heed to it, as the substantive grounds upon which the decree is granted have never been of concern to the recognizing court. (*Bater v. Bater*⁷, *Crowe v. Crowe*⁸ at p. 558). Fraud going to the jurisdiction of the foreign court is another matter. (*Bonaparte v. Bonaparte*⁹). If the foreign court is fraudulently misled into believing the jurisdictional facts are such as to give it jurisdiction, when in truth they are not, this will be a ground for refusal of the domestic court to recognize the decree. (Cheshire's *Private International Law* (8th ed.) at p. 372.) The distinction so made has not been free of criticism. (See Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 7th ed. (1958), at p. 306, but see also the 8th ed. (1967), at p. 318 and the 9th ed. (1973), at

V

On trouve une déclaration générale sur l'effet des manœuvres frauduleuses pour obtenir un jugement étranger dans l'ouvrage de Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), à la p. 448:

[TRADUCTION] Le principe de *fraus omnia corrumpit* est bien établi. Le juge en chef de Grey l'a formulé dans l'affaire *Duchess of Kingston* de la manière suivante:

«La fraude est une attaque extrinsèque indirecte qui vicie les procédures les plus solennelles des tribunaux.»

et à la p. 498:

[TRADUCTION] La fraude utilisée pour qu'un tribunal se déclare compétent à l'égard d'un défendeur constitue un bon moyen de défense contre l'exécution d'un jugement étranger. Les tribunaux estiment que les faits relatifs à la compétence sont si importants qu'on doit toujours pouvoir les contester en raison de leur fausseté. Cette règle s'applique même si le tribunal étranger s'est déclaré compétent en jugeant le litige. Cette position reflète la thèse que la validité d'un jugement étranger peut toujours être contestée pour défaut de compétence du tribunal étranger. *Biggar v. Biggar*, [1930] 2 D.L.R. 940.

Il faut nuancer cet exposé du droit lorsqu'il s'agit de la reconnaissance des jugements de divorce étrangers. Si la fraude dans l'obtention du jugement étranger porte sur le fond de la requête, les tribunaux nationaux ne lui accordent pas d'importance, étant donné que les motifs de fond sur lesquels repose un jugement n'intéressent pas les tribunaux appelés à le reconnaître. (*Bater v. Bater*⁷ et *Crowe v. Crowe*⁸ à la p. 558). Il en est autrement si la fraude vise la compétence du tribunal étranger (*Bonaparte v. Bonaparte*⁹). Si celui-ci est induit frauduleusement à croire que les faits pertinents sont tels qu'ils lui confèrent la compétence voulue quand, en réalité, ils n'ont pas cet effet, le tribunal domestique considérera ce motif suffisant pour ne pas reconnaître le jugement étranger. (Cheshire, *Private International Law* (8^e éd.) à la p. 372.) Cette distinction n'a pas échappé à la critique. (Voir Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 7^e éd. (1958), à la p. 306, ainsi que la 8^e

⁷ [1906] P. 209.

⁸ (1937), 157 L.T. 557; [1937] 2 All E.R. 723.

⁹ [1892] P. 402.

⁷ [1906] P. 209.

⁸ (1937), 157 L.T. 557; [1937] 2 All E.R. 723.

⁹ [1892] P. 402.

p. 326.) Notwithstanding the doubts expressed, there would seem to be authority supporting such a distinction. Thus in *Shaw v. Gould*¹⁰, where a Scottish divorce was in question, Lord Westbury said, at p. 81:

The first essential for the validity of a foreign decree is, that it should be pronounced by a Court of competent jurisdiction between parties *bona fide* subject to that jurisprudence . . .

In *Bonaparte v. Bonaparte* (*supra*) a fraud was perpetrated on the Scottish court by allowing it to act on the assumption that the pursuer was domiciled in Scotland and that there had been no collusion. It was held that the Scottish Court was without jurisdiction to pronounce a decree in this collusive suit and the decree pronounced was held to be null and void. The issue was one of want of jurisdiction but it was treated as one of fraud on the Court. It should be noted that "jurisdiction" in *Bonaparte v. Bonaparte* was used in a private international law sense rather than in what might be termed a "domestic competence" sense, but I do not think that serves to make the case inapplicable.

Another case frequently cited is *Pemberton v. Hughes*¹¹, in which Lindley M.R. said, at p. 790:

If a judgment is pronounced by a foreign Court over persons within its jurisdiction and in a matter with which it is competent to deal, English Courts never investigate the propriety of the proceedings in the foreign Court, unless they offend against English views of substantial justice. Where no substantial justice, according to English notions, is offended, all that English Courts look to is the finality of the judgment and the jurisdiction of the Court, in this sense and to this extent—namely, its competence to entertain the sort of case which it did deal with, and its competence to require the defendant to appear before it. If the Court had jurisdiction in this sense and to this extent, the Courts of this country never inquire whether the jurisdiction has been properly or improperly exercised, provided always that no substantial injustice, according to English notions, has been committed.

There is no doubt that the Courts of this country will not enforce the decisions of foreign Courts which have no jurisdiction in the sense above explained, i.e., over the

éd. (1967), à la p. 318 et la 9^e éd. (1973), à la p. 326.) Nonobstant les doutes exprimés à ce sujet, la jurisprudence semble appuyer pareille distinction. Ainsi dans *Shaw v. Gould*¹⁰, où il est question d'un divorce écossais, lord Westbury dit, à la p. 81:

[TRADUCTION] Pour qu'un jugement étranger soit valide, il est essentiel qu'il soit prononcé par une cour compétente à l'égard de parties agissant de bonne foi, sous réserve de la jurisprudence . . .

Dans l'arrêt *Bonaparte v. Bonaparte*, précité, le tribunal écossais avait fait l'objet de manœuvres frauduleuses, car on l'avait laissé agir sur la présomption que le demandeur était domicilié en Écosse et qu'il n'y avait pas de collusion. Il a été décidé que le tribunal écossais n'était pas habilité à rendre jugement dans cette action collusoire et le jugement a été déclaré nul et non avenue. Alors que le litige portait sur l'absence de compétence, on l'a abordé comme un cas de fraude à l'égard du tribunal. A remarquer qu'on a utilisé le mot «compétence» dans l'affaire *Bonaparte v. Bonaparte* dans le sens du droit international privé plutôt que dans un sens de «compétence interne», mais, à mon avis, cela ne rend pas l'arrêt inapplicable.

Une autre affaire souvent citée est celle de *Pemberton v. Hughes*¹¹, où le maître des rôles Lindley dit, à la p. 790:

[TRADUCTION] Si un jugement est prononcé par un tribunal étranger à l'égard de personnes qui relèvent de sa juridiction, et sur une question qui relève de sa compétence, les tribunaux anglais ne contesteront jamais la validité des procédures du tribunal étranger à moins qu'elles n'aillent à l'encontre des principes anglais de justice fondamentale. Lorsque rien n'est contraire à la justice fondamentale, selon les principes anglais, les tribunaux anglais n'examineront que l'irrévocabilité du jugement et la compétence de la cour, en ce sens et dans cette mesure, c'est-à-dire sa compétence à connaître du genre d'affaires qu'elle a traité et à obliger le défendeur à comparaître devant elle. Si la cour avait compétence en ce sens et dans cette mesure, nos tribunaux ne se demandent jamais si elle exerce régulièrement ou non sa compétence, à condition, toujours, qu'il n'y ait pas d'injustice fondamentale, au sens des principes anglais.

Il est certain que nos tribunaux n'appliqueront pas les décisions des tribunaux étrangers qui n'ont pas compétence au sens indiqué plus haut, c'est-à-dire en raison de

¹⁰ (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55.

¹¹ [1899] 1 Ch. 781.

¹⁰ (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55.

¹¹ [1899] 1 Ch. 781.

subject-matter or over the persons brought before them: *Schibsby v. Westenholz*, L.R. 6 Q.B. 155; *Rousillon v. Rousillon*, (1880), 14 Ch. D. 351; *Price v. Dewhurst*, (1838), 4 My. & Cr. 76; *Buchanon v. Rucker*, 9 East 192; *Sirdar Gurdyal Singh v. Rajah of Faridkote* (1894) A.C. 670. But the jurisdiction which alone is important in these matters is the competence of the Court in an international sense, i.e., its territorial competence over the subject-matter and over the defendant. [emphasis added].

The decision in *Bater v. Bater*, *supra*, is sometimes cited as authority for the proposition that where a divorce has been granted by a foreign court a person who was not a party to the proceedings cannot have it declared inoperative by the Court of the forum even on the ground of fraud: Johnson, *Conflicts of Laws*, 2nd ed. (1962) at p. 400. The facts of the case, from the headnote were as follows. In 1880 a marriage was celebrated in England between two persons. In 1886 the husband commenced divorce proceedings against the wife for adultery with B, which failed upon proof of the husband's adultery, and in 1889 he sailed for New York where he lived in adultery with another woman and acquired a domicile. The wife and B continued to live in adultery, and in 1890, the wife went to New York where she obtained a divorce on the ground of her husband's adultery without disclosing her matrimonial misconduct in England. In 1893 she went through a marriage ceremony with B in New York. In 1903 B presented to the English Courts a petition for a declaration of nullity of the New York marriage on the ground that the wife, in withholding information which if disclosed would have barred her action, had obtained her divorce by fraud on the New York Court. The petition was dismissed. The English Court held that according to the law of the State of New York and of England, the New York Court had jurisdiction to decree a divorce, as the husband had acquired a domicile in New York, the adultery complained of by the wife was committed in that state; and the wife had elected to make the domicile of her husband her own for the purpose of the divorce proceedings and had acquired a "residence" there according to the law of New York. At trial, the President, Sir Gorell Barnes, whose judgment was confirmed on appeal, quoted from

la question qui leur est soumise ou des personnes assignées devant eux: arrêts *Schibsby v. Westenholz*, L.R. 6 Q.B. 155; *Rousillon v. Rousillon*, (1880), 14 Ch. D. 351; *Price v. Dewhurst*, (1838), 4 My. & Cr. 76; *Buchanon v. Rucker*, 9 East 192; *Sirdar Gurdyal Singh v. Rajah of Faridkote* (1894) A.C. 670. La seule juridiction qui compte dans ces affaires est la compétence du tribunal au sens international, c'est-à-dire sa compétence territoriale sur la question en litige et sur le défendeur. [J'ai mis les italiques].

On cite parfois l'arrêt *Bater v. Bater*, précité, à l'appui de l'argument suivant: lorsque le divorce est prononcé par un tribunal étranger, une personne qui n'était pas partie à l'action ne peut le faire déclarer nul par la cour du lieu où le jugement a été rendu, même pour raison de fraude: Johnson, *Conflicts of Laws*, 2^e éd. (1962) à la p. 400. Selon le sommaire, les faits de cette affaire se présentent ainsi. En 1880, deux personnes contractèrent mariage en Angleterre. En 1886, l'époux présenta une requête en divorce contre sa femme pour cause d'adultère avec B, mais sa demande fut rejetée lorsqu'on établit que lui-même avait commis l'adultère. En 1889, il prit le bateau pour New York où il élit domicile et vécut dans l'adultère avec une autre femme. L'épouse et B continuèrent de vivre dans l'adultère et, en 1890, celle-ci partit pour New York où elle obtint un divorce pour cause d'adultère de son mari, mais sans révéler ses relations adultérines en Angleterre. En 1893, elle épousa B à New York. En 1903, B présenta aux tribunaux anglais une requête visant à faire annuler son mariage contracté à New York pour le motif que l'épouse, en ne révélant pas certains renseignements qui auraient constitué une fin de non-recevoir à son action, avait obtenu son divorce du tribunal de New York frauduleusement. Sa requête fut rejetée. Le tribunal anglais décida qu'en vertu du droit de l'État de New York et de l'Angleterre, le tribunal de New York était compétent pour prononcer un jugement de divorce puisque l'époux y avait élu domicile et que l'adultère dont l'accusait l'épouse avait été commis dans cet état; l'épouse y avait aussi élu domicile aux fins du divorce et y avait établi son lieu de «résidence», conformément à la loi de New York. En première instance, le président, sir Gorell Barnes, dont le jugement a été confirmé en appel, a cité un pas-

*Harvey v. Farnie*¹²:

The English Courts will recognize as valid the decision of a competent foreign Christian tribunal dissolving the marriage between a domiciled native in the country where such a tribunal has jurisdiction and an English-woman, when the decree of divorce is not impeached by any species of collusion or fraud.

and added "I think myself that that has become at the present time almost certain clear law . . .". On the question of fraud, the President said, at p. 218:

. . . Mr. Duke argued that in many of the judgments it has been said that the Courts will not recognize the decree of a foreign tribunal where it has been obtained by the collusion or fraud of the parties. But I think when those cases are examined that the collusion or fraud being referred to was in every case, so far as I have had time to examine the matter, collusion or fraud relating to that which went to the root of the matter, namely, the jurisdiction of the Court. In other words, as an illustration, case where the parties have gone to the foreign country and were not truly domiciled there, and represented that they were domiciled there and so had induced the Court to grant a decree. The collusion or fraud in those cases goes to the root of the jurisdiction. There is no jurisdiction if there is no domicile, and therefore collusion and fraud entered into many of those cases in a way that went to fortify the view that where there is no domicile there is no jurisdiction. But supposing that what was kept back was something that would have made the Court come to a different conclusion than it would otherwise have done, I can see no valid reason in the judgments in cases affecting status for treating the decree as a nullity, unless it is set aside. In this Court, there are many cases where facts are kept back. [emphasis added].

On appeal Collins M.R. spoke in these terms, at p. 228:

Upon that Mr. Duke was met by what the President considered afforded a complete answer, namely, that that is a judgment which, if not technically in rem, stands on the same footing as a judgment in rem. There is a good deal of authority to show that it is really indistinguishable from a judgment in rem. Some of the judges seem to have considered that for some reason it is not an absolute judgment in rem, but for all purposes it is on the same footing, that is to say, it is a judgment affecting the status of the parties. If it is a judgment in rem, or stands on the same footing, as I think it

sage de l'arrêt *Harvey v. Farnie*¹²:

[TRADUCTION] Les tribunaux anglais reconnaissent la décision d'un tribunal chrétien étranger compétent qui dissout le mariage d'un ressortissant domicilié dans le pays où ledit tribunal a compétence et d'une Anglaise lorsque le jugement de divorce n'est pas vicié par quelque collusion ou fraude.

Il a ajouté [TRADUCTION] «Personnellement, je pense que ce principe est maintenant bien établi en droit . . .». Sur la question de la fraude, le Président a dit, à la p. 218:

[TRADUCTION)] . . . M. Duke a soutenu que, dans plusieurs arrêts, on a dit que les tribunaux ne reconnaissent pas le jugement d'une cour étrangère obtenu par collusion ou fraude des parties. A mon sens toutefois, il ressort de l'examen de ces arrêts que la collusion ou la fraude dont il était question touchait dans chaque cas, dans la mesure où j'ai pu faire le tour de la question, au cœur du problème, c'est-à-dire à la compétence de la cour. Autrement dit, prenons, à titre d'exemple, le cas où les parties se rendent dans un pays étranger et déclarent y être domiciliées, alors que c'est faux, et réussissent ainsi à obtenir un jugement de divorce du tribunal du lieu. Dans de tels cas, la collusion ou la fraude touchent à la compétence même. S'il n'y a pas de domicile, il n'y a pas de compétence et il en découle que dans beaucoup de causes, la collusion ou la fraude ont renforcé le principe selon lequel il n'y a pas de compétence sans domicile. Mais dans l'hypothèse qu'on ait dissimulé des renseignements qui auraient modifié le jugement de la cour, je ne vois pas pourquoi, dans les décisions prononcées dans des affaires portant sur le statut des parties, on considérerait le jugement comme nul à moins qu'il ne soit infirmé. Dans de nombreuses affaires soumises à cette cour des faits sont dissimulés. [J'ai mis les italiques].

En appel, le maître des rôles Collins s'exprime en ces termes, à la p. 228:

[TRADUCTION] Le Président a considéré comme totalement satisfaisante la défense apportée à la prétention de Duke, savoir qu'il s'agit d'un jugement qui même s'il n'est pas formellement un jugement *in rem*, y est assimilable. Une jurisprudence fournie démontre qu'il ne se distingue vraiment pas d'un jugement *in rem*. Certains juges semblent avoir pensé que, d'une certaine façon, il ne s'agit pas d'un jugement *in rem* absolu, mais qu'à toutes fins utiles, il lui est assimilable, c'est-à-dire que c'est un jugement qui affecte le statut des parties. S'il s'agit d'un jugement *in rem* ou d'un jugement assimi-

¹² (1880), 5 P.D. 153.

¹² (1880), 5 P.D. 153.

undoubtedly does, can it be impeached in proceedings taken in this country by a person not a party to that judgment at all? Can proceedings effectually be taken in this country while that judgment stands unimpeached in the country where it was made? There is clear authority in our Courts that that cannot be done, and I think it is the authority on which the President acted.

It seems tolerably clear from the quoted passage of the President's judgment that he was drawing a distinction between collusion or fraud going to the root of the jurisdiction and collusion or fraud not going to jurisdiction. The case before him was one in the latter category and his remarks were directed to a situation other than that before us. Equally, the observations of Collins M.R. respecting the right of a third party to impeach a decree of divorce were concerned with a case in which the only fraud suggested was said to arise from the fact that the wife herself had been guilty of adultery which, Romer L.J. noted at p. 236, could not be said to go to the question of jurisdiction.

The next case which might be mentioned is the House of Lords decision in *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*¹³, where the contest between a Miss Salvesen and the Administrator of Austrian Property concerned the validity of a decree of nullity of marriage. The headnote reads in part:

Where therefore the parties are domiciled in a foreign country a decree of nullity of marriage pronounced by a competent Court of that country will, in the absence of fraud or collusion, be recognized as binding and conclusive by the Courts of England and Scotland, unless it offends against British notions of substantial justice.

I should like to quote a short passage from the judgment of Sachs J., as he then was, in the case of *MacAlpine v. MacAlpine*¹⁴, which draws a distinction between those cases in which fraudulent evidence is adduced at trial and the other type of case in which "the fraud leads the foreign court to assume jurisdiction over the subject-matter of the

ble, ce dont je suis convaincu, pourrait-il être attaqué par un recours intenté dans ce pays par un tiers? Peut-on vraiment intenter des procédures dans ce pays alors que le jugement reste incontesté dans le pays où il a été prononcé? Il existe une jurisprudence qui démontre clairement que c'est impossible et c'est sur cette jurisprudence que s'est fondé le Président.

Il est clair, d'après ce passage, que le Président a fait une distinction entre la collusion ou la fraude portant sur la question de la compétence même et la collusion ou la fraude qui n'y touchent pas. L'affaire qui lui était soumise avait trait à cette deuxième éventualité et ses remarques portaient sur une situation différente de celle qui nous occupe. De même, les remarques du maître des rôles Collins à l'égard du droit d'un tiers de contester un jugement de divorce portent sur une affaire où la seule fraude alléguée proviendrait du fait que l'épouse elle-même avait commis l'adultère. Comme l'indique le lord juge Romer à la p. 236, on ne peut pas dire que cela touche à la question de la compétence.

Mentionnons aussi la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*¹³, où le litige entre une certaine M^{lle} Salvesen et l'administrateur des biens autrichiens portait sur la validité d'un jugement annulant un mariage. Voici un passage du sommaire de l'arrêt:

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsque les parties sont domiciliées dans un pays étranger, un jugement en nullité du mariage prononcé par une cour compétente de ce pays est considéré, s'il n'y a ni collusion ni fraude, comme irrévocable et péremptoire par les tribunaux anglais et écossais à moins qu'il ne contrevienne aux principes anglais de justice fondamentale.

J'aimerais citer un passage assez court de la décision du juge Sachs, tel était alors son titre, dans l'affaire *MacAlpine v. MacAlpine*¹⁴, à la p. 42 du recueil; il fait une distinction entre les cas où une preuve frauduleuse est produite à un procès et ceux où [TRADUCTION] «la fraude conduit un tribunal étranger à connaître de la question en

¹³ [1927] A.C. 641.

¹⁴ [1958] P. 35.

¹³ [1927] A.C. 641.

¹⁴ [1958] P. 35.

suit, when but for that fraud it had none". The passage is found at p. 42 of the report and reads as follows:

It has been clear ever since *Bater v. Bater* (orse. Lowe) (1906) P. 209 that where the foreign decree has been procured by fraudulent evidence at trial before a court of competent jurisdiction, the courts here will none the less treat the decree as valid as long as it subsists in that foreign country. It is equally clear that where the fraud leads the foreign court to assume jurisdiction over the subject-matter of the suit, when but for that fraud it had none, then the courts in this country will treat any resulting decree as a nullity: see *Bonaparte v. Bonaparte* (1892) P. 402; 8 T.L.R. 759, where all possible steps were taken by the petitioner to mislead the court in Scotland into holding that he was domiciled in that country.

The final English authority to which I would make reference is *Middleton v. Middleton*¹⁵. The facts bear more than a superficial resemblance to those in the case at bar. By his complaint in the Circuit Court of Illinois, and by the evidence he gave at the hearing, the husband alleged that he had been a resident in Illinois for over a year before the making of the complaint and that his wife had deserted him. Both of these allegations were false. The wife took no part in the proceedings but solicitors wrote on her behalf protesting against the husband's allegations. The husband was granted a decree of divorce. The English trial judge, Cairns J., reviewed the relevant authorities and concluded that the Illinois decree was invalid for fraud going to the point of jurisdiction.

American authorities also make it clear that the State of domiciliary origin should not be bound by an unfounded recital of a jurisdictional fact in the record of another State exerting judicial authority. Mr. Justice Frankfurter in the Supreme Court of the United States made a finding to this effect in *Williams v. North Carolina*¹⁶, where he confirmed the right, notwithstanding the Full Faith and Credit Clause of the Constitution, collaterally to impeach a decree of divorce made in another State, by proof that the Court had no jurisdiction, even when the record purported to show jurisdic-

litige, ce qu'il n'aurait pas fait sans cela»:

[TRADUCTION] Il est clair depuis l'arrêt *Bater v. Bater* (alias Lowe) (1906) P. 209 que lorsqu'un jugement étranger est obtenu par suite de preuves frauduleuses produites au procès devant une cour compétente, nos tribunaux n'en considéreront pas moins le jugement valide aussi longtemps qu'il le sera dans le pays étranger en question. Il est tout aussi clair que lorsque la fraude conduit un tribunal étranger à connaître de la question en litige, ce qu'il n'aurait pas fait sans cela, nos tribunaux considéreront tout jugement qui en découle comme nul: voir l'arrêt *Bonaparte v. Bonaparte* (1892) P. 402; 8 T.L.R. 759, où le requérant avait fait toutes les démarches possibles pour induire le tribunal écossais à croire qu'il était domicilié en Écosse.

Le dernier précédent anglais que j'aimerais citer est l'affaire *Middleton v. Middleton*¹⁵, où les faits ressemblent d'assez près à ceux en l'espèce. Dans sa requête présentée à la Cour de circuit de l'Illinois et dans son témoignage à l'audience, l'époux prétendait qu'il avait résidé dans l'Illinois plus d'un an précédant la présentation de sa requête et que son épouse l'avait abandonné. Les deux allégations étaient fausses. L'épouse n'a pris part aux procédures, mais ses avocats ont écrit en son nom pour contester les allégations de l'époux. Ce dernier a obtenu un jugement de divorce. Le juge Cairns, juge de première instance en Angleterre, a examiné la jurisprudence pertinente et conclu que le jugement de l'Illinois n'était pas valide, car il était entaché de fraude relativement à la compétence.

La jurisprudence américaine précise quant à elle que l'État du domicile d'origine ne doit pas être lié par une déclaration non fondée à l'égard d'un fait relatif à la compétence qui se trouve dans le dossier d'un autre État exerçant sa compétence judiciaire. Le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis a statué en ce sens dans l'affaire *Williams v. North Carolina*¹⁶. Il a confirmé, nonobstant la clause *Full Faith and Credit* de la Constitution, le droit de contester indirectement un jugement de divorce prononcé dans un autre État en prouvant que le tribunal n'avait pas com-

¹⁵ [1967] P. 62.

¹⁶ (1944), 325 U.S. 226.

¹⁵ [1967] P. 62.

¹⁶ (1944), 325 U.S. 226.

tion. Fraud was not an issue in the proceedings. In that case a man and a woman, domiciled in North Carolina, left their spouses in North Carolina, obtained a divorce in Nevada after six months residence in that State, married, and returned to North Carolina to live. They pleaded the Nevada divorce decree in defence to a charge of bigamy, but were convicted. It was held that the decree of divorce was conclusive adjudication of everything except the jurisdictional facts upon which it was founded. The domiciliary State had the right to ascertain the truth of that crucial fact when called into question.

The aim of the Courts, in refusing recognition because of fraud, is to prevent abuse of the judicial process. I will not deal with the courts' competence to look into fraud going to the merits, as that is not an issue here. In inquiring into fraud which touches the domestic jurisdiction of the decree-granting Court, the courts are enforcing the public policy of the forum.

The grounds upon which a decree of divorce granted by one State can be impeached in another state are, properly, few in number. The weight of authority seems to recognize, however, that if the granting state takes jurisdiction on the basis of facts which, if the truth were known, would not give it jurisdiction the decree may be set aside. Fraud going to the merits may be just as distasteful as fraud going to jurisdiction, but for reasons of comity and practical difficulties, in the past we have refused to inquire into the former. Even within the limited area of what might be termed jurisdictional fraud there should be great reluctance to make a finding of fraud for obvious reasons. In the case at bar the trial judge made a positive finding and undoubtedly there was evidence upon which he could make that finding. The judge came to a clear conclusion. The Court of Appeal, in reversing him, spoke in terms of proper inferences but did not question the factual underpinning of the trial judgment. I do not think this Court should assume the role of a trier of fact. In

pétence, même si le dossier indiquait le contraire. La fraude n'était pas en cause dans les procédures. Il s'agissait d'un homme et d'une femme domiciliés en Caroline du Nord qui avaient abandonné leur conjoint respectif, obtenu un divorce au Nevada après y avoir résidé six mois, s'étaient mariés et étaient revenus habiter en Caroline du Nord. Accusés de bigamie, ils produisirent le jugement de divorce du Nevada, mais ils n'en furent pas moins déclarés coupables. Il fut décidé que le jugement de divorce était un jugement péremptoire sur tous les points, à l'exception des faits relatifs à la compétence sur lesquels il était fondé. L'État du domicile avait le droit de s'assurer de la véracité de ce fait essentiel lorsqu'il a été contesté.

En refusant de reconnaître les jugements entachés de fraude, les tribunaux essaient d'empêcher que l'on abuse du système judiciaire. Je n'aborderai pas la question de la compétence des tribunaux à examiner les cas de fraude touchant le fond d'un litige puisqu'il ne s'agit pas de cela ici. Lorsqu'ils cherchent à savoir si la compétence interne du tribunal qui a prononcé le jugement a été viciée par la fraude, les tribunaux appliquent la notion d'ordre public du lieu.

Les motifs pour lesquels un jugement de divorce prononcé dans un état peut être attaqué dans un autre sont, en fait, peu nombreux. Cependant, la tendance de la jurisprudence est d'admettre l'infirmité du jugement lorsque les faits qui ont donné compétence à l'état où a été prononcé ledit jugement, ne la lui auraient pas conférée si la vérité avait été connue. La fraude portant sur le fond d'un litige peut être aussi exécrationnelle que la fraude portant sur la compétence, mais jusqu'à présent nous avons refusé, pour des raisons pratiques et par courtoisie, de nous pencher sur la première. Même dans le cadre restreint de ce que l'on pourrait appeler la fraude relative à la compétence, il faut hésiter avant de conclure à la fraude pour des raisons évidentes. En l'espèce, le juge de première instance en est arrivé à une conclusion formelle qui s'appuyait indubitablement sur des preuves. Sa conclusion était bien claire. En infirmant ce jugement, la Cour d'appel a parlé de déductions logiques, mais elle n'a pas mis en doute les faits sur lesquels se fonde le jugement de première instance.

the absence of support for the view that the trial judge misapprehended the evidence or misapplied applicable legal principles, I think this Court should respect his findings. I would accordingly allow the appeal with costs.

VI

The respondent sought leave in the event of the appeal being allowed, to deliver a counterclaim, pursuant to s. 1 of the *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, asking for maintenance in the sum of \$60 per week or in an amount set by this Court. It is the appellant's contention that the respondent cannot claim such corollary relief, as s. 1 applies only to divorce actions and actions to declare the nullity of voidable marriages. The marriage here, invalid on the grounds of bigamy and void rather than voidable, is, in the submission of the appellant, beyond the scope of the legislation.

Section 1 of the *Matrimonial Causes Act* reads as follows:

1. In any action for divorce or to declare the nullity of any marriage, the court may order that the husband shall secure to the wife, unless she has been guilty of adultery, such gross sum of money or annual sum of money for any term, not exceeding her life, as, having regard to her fortune, if any, and to the ability of the husband and to the conduct of the parties, may be considered reasonable and may suspend the pronouncement of the judgment absolute until all necessary deeds and instruments have been executed.

The appellant argues that a void marriage, being a nullity *ab initio*, need not be the subject of an action to declare the nullity of the marriage. Furthermore, words such as "marriage", "husband", and "wife" in the statute imply that a marriage existed at some time, yet in void marriages there is no status of "husband" or "wife" created. I cannot agree with these contentions, for they are contrary to both the language and the spirit of the Act. The section speaks of "any" action to declare a marriage a nullity, with no restriction to voidable marriages. The use of the words "husband" and

A mon avis, cette Cour n'a pas à remplir le rôle de juge des faits. A défaut de démontrer que le juge de première instance a mal interprété la preuve ou mal appliqué des principes de droits pertinents, cette Cour, à mon sens, se doit de respecter lesdites conclusions. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

VI

L'intimée a demandé l'autorisation, au cas où le pourvoi serait accueilli, de faire une demande reconventionnelle en vertu de l'art. 1 de la *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265 pour obtenir une pension alimentaire de \$60 par semaine ou d'un montant à être fixé par cette Cour. L'appelant soutient que l'intimée ne peut prétendre à ce redressement accessoire puisque l'art. 1 s'applique seulement aux actions en divorce et en annulation des mariages entachés de nullité relative. En l'espèce, le mariage invalidé pour raison de bigamie est nul plutôt qu'annulable, ce qui dépasse, aux dires de l'appelant, la portée de la Loi.

L'article 1 de la *Matrimonial Causes Act* se lit ainsi:

[TRADUCTION] 1. Dans toute action en divorce ou en annulation d'un mariage, le tribunal peut ordonner que l'époux verse à l'épouse, à moins qu'elle ne soit coupable d'adultère, une somme forfaitaire ou un paiement annuel, qu'il juge raisonnable pour une certaine période, qui ne pourra se prolonger au-delà du décès de l'épouse en tenant compte des biens qu'elle peut avoir, des ressources de l'époux ainsi que de la conduite des parties en cause et le tribunal peut suspendre le jugement définitif jusqu'à ce que tous les actes et documents aient été signés.

L'appelant prétend qu'un mariage nul, d'une nullité *ab initio*, n'exige pas d'action en annulation pour entraîner sa nullité. En outre, les mots «mariage», «époux», «épouse» dans la Loi signifient qu'un mariage a existé à un moment donné alors que dans le mariage nul, le statut d'«époux» ou d'«épouse» n'existe pas. Je ne peux accepter ces affirmations, car elles sont contraires au texte et à l'esprit de cette Loi. L'article mentionne «toute» action visant à annuler un mariage sans se limiter aux mariages annulables. L'emploi des mots «époux» et «épouse» est raisonnable parce que les

"wife" is reasonable, for the parties to a non-existent marriage appear *de facto* to be a husband and wife despite their *de jure* status. Nor can I see reason to accord different financial relief in voidable, as opposed to void, marriages. Although a party to a voidable marriage is a husband or wife in law until the marriage is declared to be a nullity, after such a declaration he or she ceases to have that marital status retroactively and assumes the same status as the participant in a void marriage.

The legislative policy underlying the Act reinforces the wording of the statute. At common law the courts could not order maintenance to the "wife" in voidable or void marriages. This was changed in England by the *Matrimonial Causes Act*, 1907, which is phrased in terms similar to the Ontario legislation and which grounded an action for maintenance in a void marriage (See *Ramsay v. Ramsay*¹⁷). At common law, interim alimony could be ordered in a nullity action. The underlying policy was well expressed by MacDonnell, J.A. in *Barnet v. Barnet*¹⁸, at p. 353.

Whatever may be *de jure* the position of the plaintiff, she admittedly had *de facto* the status of the wife, resulting not from some frivolous association nor from what is popularly called "common law marriage" but from years of cohabitation following an apparently regular form of marriage.

The *Matrimonial Causes Act* gives extended recognition to this *de facto* status. Whether or not it is fully consistent with the partnership concept of marriage evolving today that imports equal duties of maintenance on both spouses, the legislation is consistent with traditional maintenance principles. A husband was expected to provide financial support to a wife in return for companionship and service. It is not unreasonable to extend this principle to a marriage that is a nullity. The putative wife has normally provided services and companionship over a period of time and the "husband" is being asked, in an appropriate case, to contribute to the economic support of the

parties à un mariage non existant apparaissent *de facto* comme mari et femme en dépit de leur statut *de jure*. Je ne vois pas pourquoi on n'accorderait pas le même soutien pécuniaire dans un mariage annulable et dans un mariage nul. Même si les conjoints d'un mariage annulable sont mari et femme en droit jusqu'à ce que le mariage soit déclaré nul, ils perdent rétroactivement leur statut conjugal après l'annulation et ils ont alors le même statut que les parties à un mariage nul.

L'intention du législateur sous-jacente à la Loi vient en renforcer la formulation. En *common law*, les tribunaux ne pouvaient pas ordonner le versement d'une pension alimentaire à l'«épouse» dont le mariage était annulable ou nul. La *Matrimonial Causes Act*, 1907, rédigée dans les mêmes termes que la loi de l'Ontario a modifié cette situation en Angleterre. Elle a servi de fondement à une action pour pension alimentaire dans un mariage nul (voir *Ramsay v. Ramsay*¹⁷). En *common law*, on pouvait ordonner une pension alimentaire provisoire dans une action en nullité. L'intention sous-jacente est bien exprimée par le juge MacDonnell dans l'affaire *Barnet v. Barnet*¹⁸, à la p. 353:

[TRANSLATION] Quelle que soit la situation de la demanderesse *de jure*, celle-ci avait manifestement *de facto* le statut d'épouse à la suite de plusieurs années de vie commune, dans le cadre d'un mariage apparemment régulier, et non d'une relation frivole ou de ce qu'on appelle couramment «concubinage».

La *Matrimonial Causes Act* donne plus ample effet à ce statut *de facto*. Que cela soit ou non pleinement conforme à la notion moderne du mariage, qui impose aux partenaires une obligation alimentaire réciproque, la loi respecte toutefois les principes traditionnels en matière de soutien. L'époux devait subvenir aux besoins matériels de l'épouse en échange de ses services et de sa présence. Il n'est pas exagéré d'étendre l'application de ce principe au mariage entaché de nullité. L'épouse putative a normalement fourni ses services et a été présente pendant une période donnée. L'«époux» se voit donc demander, lorsque c'est nécessaire, de contribuer au bien-être économique

¹⁷ (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.).

¹⁸ [1934] O.R. 347 (C.A.).

¹⁷ (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.).

¹⁸ [1934] O.R. 347 (C.A.).

woman after the relationship ends to compensate her for economic opportunities foregone.

While s. 1 of the Act allows the respondent to seek maintenance, I would not deal with her application on the merits. The respondent, in claiming maintenance, seeks to adduce facts that were not produced in evidence at trial and do not form part of the record. Although this Court has the power to hear new evidence pursuant to s. 67 of the *Supreme Court Act*, the respondent did not seek leave to adduce new evidence nor did she demonstrate special grounds for doing so, as required by s. 67. Therefore, I would refer the matter back to the Ontario Supreme Court for a decision on the merits.

VII

In the result I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for Ontario, and reinstate the judgment at trial with costs in all courts. I would also allow the respondent to deliver a counterclaim for maintenance and refer that matter to the Supreme Court of Ontario for a decision on the merits.

JUDSON J. (*dissenting*)—I would dismiss this appeal and adopt the reasons delivered by the Court of Appeal¹⁹ for its reversal of the judgment at trial.

Appeal allowed, judgment at trial reinstated with costs in all courts, JUDSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gent & Park, London.

Solicitors for the respondent: Lerner & Associates, London.

¹⁹ [1973] 2 O.R. 188.

de la femme à la fin de leur relation et ce, pour l'indemniser des avantages économiques auxquels elle a renoncé.

Bien que l'art. 1 de la Loi permette à l'intimée de demander une pension alimentaire, je n'examinerai pas sa requête au fond. En demandant une pension alimentaire, l'intimée cherche à présenter des faits qui n'ont pas été produits au procès et qui n'apparaissent pas au dossier. Bien que cette Cour ait le pouvoir de recevoir de nouveaux éléments de preuve en vertu de l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'intimée n'a pas demandé la permission d'en présenter ni fait valoir de motifs particuliers pour ce faire, comme l'exige l'art. 67. Par conséquent, je renvoie le dossier à la Cour suprême de l'Ontario afin qu'elle prenne une décision au fond.

VII

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de première instance avec dépens dans toutes les cours. J'autorise aussi l'intimée à présenter une demande reconventionnelle pour une pension alimentaire et je renvoie le dossier à la Cour suprême de l'Ontario pour qu'elle prenne une décision au fond.

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—Je rejetterais le pourvoi et je souscrirais aux motifs énoncés par la Cour d'appel¹⁹ pour infirmer le jugement de première instance.

Pourvoi accueilli, jugement de première instance rétabli, avec dépens dans toutes les cours, le juge JUDSON dissident.

Procureurs de l'appelant: Gent & Park, London.

Procureurs de l'intimée: Lerner & Associates, London.

¹⁹ [1973] 2 O.R. 188.