

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

Rothgiesser c. Rothgiesser

46 O.R. (3d) 577

[2000] O.J. n° 33

N° C31085

Cour d'appel de l'Ontario

Les juges Labrosse, Doherty et O'Connor

12 janvier 2000

Droit de la famille -- Pension alimentaire -- Pension alimentaire pour époux -- Compétence -- Parties mariées, séparées et divorcées en Afrique du Sud -- Ordonnance de divorce définitive comprenant une entente sur la garde et les aliments pour enfant et pour époux -- Mari renonçant à son droit de demander dans tout ressort dans le monde une réduction des aliments pour époux payables à l'épouse -- Mari présentant une demande de garde en Ontario en 1990 -- Demande réglée sur consentement par voie d'ordonnance prévoyant également une augmentation des aliments pour époux -- Mari demandant en 1998 une ordonnance mettant fin à la pension alimentaire pour époux -- Ordonnance alimentaire au profit d'un époux de 1990 rendue sans compétence étant donné qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences en matière de compétence prévues à l'art. 4 de la *Loi sur le divorce* -- La compétence ne pouvait être conférée au tribunal du consentement des parties -- Ordonnance de 1998 rendue sans compétence -- Tribunal canadien n'ayant pas compétence pour modifier une ordonnance alimentaire étrangère -- *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 4

Les parties se sont mariées, se sont séparées et ont divorcé en Afrique du Sud. L'ordonnance de divorce définitive comprenait une entente sur la garde et les aliments pour enfant et pour époux. L'épouse a renoncé à son droit de demander dans tout ressort dans le monde une augmentation des aliments pour époux, tandis que le mari a renoncé à son droit de demander dans tout ressort dans le monde une réduction des aliments pour époux payables à l'épouse. Le mari a déménagé au Canada. En 1990, le mari a présenté une demande visant à obtenir la garde d'un des enfants, qui avait déménagé à Toronto pour vivre avec lui. La demande a été réglée sur consentement par voie d'ordonnance prévoyant également une augmentation des aliments pour époux payables à l'épouse. En 1998, le mari a présenté une demande en vertu de la *Loi sur le divorce* en vue d'obtenir une ordonnance mettant fin à ses obligations alimentaires à l'égard de l'épouse. La demande a été accueillie. L'épouse a interjeté appel.

Arrêt : L'appel est accueilli.

L'ordonnance alimentaire au profit d'un époux de 1990 a été rendue sans compétence, étant donné qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences en matière de compétence prévues à l'art. 4 de la *Loi sur le divorce*. L'article 4 prévoyait que seul le tribunal ayant accordé le divorce aux deux ex-époux ou à l'un d'eux avait compétence pour trancher ultérieurement une action en mesures accessoires. Puisqu'il n'avait pas accordé le divorce aux deux parties ou à l'une d'elles, le tribunal ontarien ne pouvait rendre une ordonnance alimentaire en vertu de la Loi. Les parties ne peuvent habilitier le tribunal à rendre une décision lorsqu'il n'est autrement pas habilité à le faire ou lorsque son pouvoir est limité par une loi. La limite prévue à l'art. 4 de la *Loi sur le divorce* ne peut être modifiée du consentement des parties.

L'ordonnance de 1998 a aussi été rendue sans compétence. Puisque l'ordonnance de 1990 était frappée de nullité, elle ne pouvait faire l'objet d'une action en modification. En vertu de la Loi, un tribunal canadien peut uniquement modifier une ordonnance alimentaire au profit d'un époux rendue dans le cadre d'un divorce canadien; il n'a pas compétence pour modifier une ordonnance alimentaire étrangère. La compétence pour modifier une ordonnance alimentaire étrangère ne peut trouver sa source que dans la législation provinciale concernant l'exécution des ordonnances alimentaires, laquelle n'est pas entrée en jeu en l'espèce. De plus, un tribunal canadien ne peut accorder une modification d'une ordonnance alimentaire dans le cadre d'un divorce canadien que si a) l'un des ex-époux réside habituellement dans la province à la date d'introduction de l'instance, ou b) les deux ex-époux reconnaissent la compétence du tribunal.

APPEL d'une ordonnance mettant fin à la pension alimentaire pour époux.

Affaires mentionnées : *Byrn v. Mackin* (1983), 1983 CanLII 4468 (QCCS), 32 R.F.L. (2d) 207 (CS QC); *Droit de la Famille -- 770 (Re)*, [1990] R.J.Q. 581 (C.S.); *Dulles Settlement (Re)*, [1950] All E.R. 1013, [1951] Ch. 265, 66 T.L.R. 1028, 94 Sol. Jo. 760 (C.A.); *Hinde v. Hinde*, [1953] 1 All E.R. 171, [1953] 1 W.L.R. 175 (C.A.); *Kalsi v. Kalsi* (1992), 1992 ABCA 182 (CanLII), 41 R.F.L. (3d) 201 (C.A. AB); *Lietz v. Lietz* (1990), 1990 CanLII 11406 (NBKB), 111 N.B.R. (2d) 128, 277 A.P.R. 128, 30 R.F.L. (3d) 293 (C.B.R.); *Patterson v. Torrance* (1994), 1994 CanLII 11001 (MBCA), 92 Man. R. (2d) 116, 111 D.L.R. (4th) 477, 61 W.A.C. 116, 2 R.F.L. (4th) 74 (C.A.); *R. c. Litchfield*, 1993 CanLII 44 (CSC), [1993] 4 R.C.S. 333, 14 Alta. L.R. (3d) 1, 86 C.C.C. (3d) 97, 25 C.R. (4th) 137; *R. c. Wilson*, 1983 CanLII 35 (CSC), [1983] 2 R.C.S. 594, 26 Man. R. (2d) 194, 4 D.L.R. (4th) 577, 51 N.R. 321, [1984] 1 W.W.R. 481, 9 C.C.C. (3d) 97, 37 C.R. (3d) 97; *Smibert v. Smibert*, 1996 CanLII 7154 (SKKB), [1996] S.J. n° 496 (C.B.R.); *Trotter v. Trotter* (1992), 1992 CanLII 8600 (ONSCDC), 90 D.L.R. (4th) 554, 40 R.F.L. (3d) 68 (Div. gén. Ont.)

Lois mentionnées : *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68 -- maintenant *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12; *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 et 92; *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), par. 2(1) (mod. 1997, ch. 1, art. 1), par. 3(1), art. 4 (mod. 1993, ch. 8, art. 1), par 5(1), art. 15 (mod. 1997, ch. 1, art. 2), al. 17(1)a); *Loi sur l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires*, L.R.O. 1990, chap. R.7

Doctrine mentionnée : Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. (Toronto, Butterworths, 1997), p. 417; Hovius, *Family Law: Cases, Notes & Material*, 4^e éd. (Toronto, Carswell, 1996), p. 482; Payne, *Payne on Divorce*, 4^e éd. (Toronto, Carswell, 1996)

Stephen M. Grant et Sarah M. Boulby, pour l'appelante.
Malcolm C. Kronby, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] Le juge LABROSSE : -- L'appelante Shirley Rothgiesser interjette appel du jugement de la juge Swinton daté du 10 novembre 1998, qui a mis fin à l'obligation de Claude Henry Rothgiesser de verser une pension alimentaire pour époux et des prestations médicales à l'appelante. Même si les parties sont divorcées, par souci de commodité, j'appellerai l'appelante « l'épouse » et l'intimé « le mari ».

Aperçu

[2] Les parties se sont mariées, se sont séparées et ont divorcé en Afrique du Sud. Dans le cadre du jugement de divorce, elles ont signé un « document de consentement » prévoyant notamment des dispositions sur la garde et les aliments pour enfant et pour époux, y compris des prestations médicales. Par la suite, le mari s'est établi en Ontario. Du consentement des parties, une ordonnance traitant de la garde et des aliments pour enfant et pour époux a été obtenue auprès de la Cour de l'Ontario (Division générale) (« le tribunal ontarien »). Quelques années plus tard, le mari a présenté une demande visant à faire modifier l'ordonnance de manière qu'elle prévoie qu'il n'avait plus d'obligation alimentaire. La demande a été accueillie. L'épouse interjette appel au motif que le tribunal ontarien n'avait pas compétence pour mettre fin à la pension alimentaire pour époux ou, à titre subsidiaire, que la demande du mari n'était pas fondée.

Les faits

[3] Les parties se sont mariées en 1967 au Cap, en Afrique du Sud. Elles ont eu trois enfants : Stephen, né le 10 octobre 1968; Stuart, né le 10 octobre 1970; et David, né le 31 janvier 1980.

[4] Les parties se sont séparées en 1985 et ont divorcé conformément à une ordonnance de divorce définitive rendue par la Cour suprême de l'Afrique du Sud le 5 août 1985. L'ordonnance de divorce définitive comprenait, comme ordonnance du tribunal, un « document de consentement » daté du 16 juillet 1985 qui énonçait les conditions du règlement des questions découlant de l'échec du mariage, notamment la garde et le droit de visite (l'épouse avait la garde des trois enfants) et les aliments pour enfant et pour époux. Le document de consentement contenait les dispositions suivantes concernant les aliments pour époux :

[TRADUCTION]

2.1 Sous réserve de ce qui est énoncé aux présentes, le défendeur versera une pension alimentaire à la demanderesse personnellement, au taux, en rand, équivalant à 1 000 \$ US par mois jusqu'à son décès ou remariage, selon le premier des deux événements. Le défendeur versera cette somme à la demanderesse en même temps que la pension alimentaire relative aux enfants mineurs et de la manière indiquée au deuxième paragraphe de la sous-disposition 1.1 ci-dessus.

.....

2.3 En sus de ses obligations énoncées à la sous-disposition 2.1 ci-dessus, mais en tout temps sous réserve des éventualités qui y sont prévues et de l'éventualité prévue à la sous-disposition 2.2, le défendeur s'engage à assumer la prime de soins médicaux relative à l'adhésion de la demanderesse au régime Blue Shield ou Blue Cross aux États-Unis d'Amérique ou au régime médical national en République d'Afrique du Sud; toutefois, la responsabilité du défendeur en vertu de cette sous-disposition sera limitée aux taux normaux perçus de temps à autre par ces organismes (par opposition à une prime majorée pour une raison ou pour une autre).

.....

3.2 La pension alimentaire payable à l'égard de la demanderesse sera rajustée annuellement le 1^{er} juillet de chaque année, à compter du 1^{er} juillet 1986, en fonction du pourcentage d'augmentation/de diminution de l'Indice des prix à la

consommation pour tous les consommateurs urbains de la région dans laquelle la demanderesse résidera alors, tel qu'il est publié par l'autorité gouvernementale compétente.

3.3 La demanderesse renonce par la présente, pour toujours, à son droit, tant en vertu de la common law qu'aux termes d'une loi et devant tout tribunal de tout ressort dans le monde entier, de demander une augmentation de sa pension alimentaire personnelle, les parties ayant expressément convenu que les augmentations de la pension alimentaire de la demanderesse se limiteront à celles décrites à la sous-disposition 3.2 ci-dessus. De même, le défendeur renonce par la présente, pour toujours, à son droit, tant en vertu de la common law qu'aux termes d'une loi et devant tout tribunal de tout ressort dans le monde entier, de demander une réduction de la pension alimentaire personnelle de la demanderesse. L'intention des parties est que, sauf disposition expresse ci-dessus, la pension alimentaire à l'égard de la demanderesse ne soit pas modifiable, et que la demanderesse, étant pleinement consciente de toutes les circonstances pertinentes, reconnaisse que sa pension alimentaire personnelle est raisonnable et ne pourra être modifiée, sauf dans les cas prévus aux présentes.

Pour renvoyer à la fois à l'ordonnance de divorce définitive et au document de consentement, j'emploierai le terme « jugement de divorce sud-africain ».

[5] Peu après le divorce, en août 1985, tant le mari que l'épouse ont déménagé séparément à San Diego, en Californie. En 1987, le mari a déménagé à Toronto.

[6] Le 11 avril 1988, sur motion du mari, la Cour supérieure de la Californie du comté de San Diego [TRADUCTION] « a accordé la garde légale conjointe et la garde physique conjointe » de Stuart et David, qui résidaient en Californie avec l'épouse, aux parties. L'ordonnance, qui était datée du 16 mai 1988, prévoyait que toutes les autres dispositions en matière de garde du jugement de divorce sud-africain conservaient pleine force et effet. Au cours de la même instance, l'épouse a présenté une motion en vue d'obtenir une augmentation des aliments pour enfant et pour époux. Par voie d'ordonnance datée du 21 octobre 1988, le tribunal a décidé que le montant des aliments pour enfant qui était alors versé était raisonnable et que la pension alimentaire pour époux prévue par le jugement de divorce sud-africain [TRADUCTION] « ne peut être modifiée ni par la demanderesse, ni par l'intimé [...] dans quelque ressort que ce soit dans le monde entier ». Par conséquent, la motion de l'épouse a été rejetée dans son intégralité.

[7] En septembre 1990, l'enfant cadet, David, a déménagé à Toronto pour y vivre avec le mari. Le mari a présenté une demande pour obtenir sa garde en vertu de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, dans sa version à jour.

La demande a été réglée de consentement par une ordonnance de la juge Lang, datée du 27 septembre 1990, prévoyant notamment que David résiderait principalement chez le mari et comportant des dispositions précises concernant le droit de visite de l'épouse. Outre les questions relatives à la garde, au droit de visite et aux aliments pour enfant, l'ordonnance précisait ce qui suit (au par. 4) :

[TRADUCTION]

CETTE COUR ORDONNE que le demandeur verse à l'intimée, à compter du 1^{er} septembre 1990, une pension alimentaire pour époux d'un montant de 1 600 \$ US par mois, exigible et payable le premier jour de chaque mois par la suite. La pension alimentaire sera maintenue à ce montant jusqu'au premier des événements suivants :

- a) le 30 juin 1995;
- b) l'intimée cesse de poursuivre activement ses études en vue de l'obtention du statut de résidente aux États-Unis d'Amérique;
- c) l'intimée obtient un emploi à temps plein.

Si l'un quelconque des événements décrits ci-dessus se produit, le montant de la pension alimentaire pour époux sera ramené à 1 200 \$ US par mois, ledit montant étant réputé le montant de base à partir duquel toute augmentation/réduction future de la pension alimentaire pour époux doit être appliquée conformément au paragraphe 3.2 de l'ordonnance de divorce sud-africaine versée au dossier et reconnue aux présentes, et sera payable jusqu'au décès, au remariage ou à la cohabitation avec une personne de sexe masculin non apparentée de la manière décrite au paragraphe 2.2 de l'ordonnance de divorce sud-africaine.

[8] Le mari s'est conformé aux conditions de l'ordonnance jusqu'en 1994.

[9] En juillet 1994, le mari a ramené la pension alimentaire pour époux mensuelle à 1 200 \$ US. Dans son affidavit à l'appui de sa motion faisant l'objet du présent appel, il a allégué qu'il avait appris que l'épouse avait été employée à temps plein et qu'une couverture médicale avait été mise à sa disposition dans le cadre de son emploi. Il a déclaré qu'il avait porté ses paiements en trop en réduction de ses paiements alimentaires continus et que, sous réserve de ce rajustement, il avait continué à payer 1 200 \$ par mois.

[10] En 1995, David est retourné vivre avec l'épouse en Californie, et le mari a rétabli ses paiements d'aliments pour enfant. À la demande de l'épouse, le mari a augmenté

de 200 \$ US par mois les paiements d'aliments pour enfant à l'égard de David. En juillet 1997, l'épouse et David sont retournés vivre en Afrique du Sud. En novembre 1997, le mari a été informé que David avait un emploi et il a mis fin aux paiements d'aliments pour enfant.

[11] Par voie de demande datée du 22 juin 1998 et présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1995), chap. 3 (2^e suppl.), le mari a demandé au tribunal ontarien de rendre une ordonnance modifiant l'[TRADUCTION] « ordonnance de la juge Lang, datée du 27 septembre 1990 [...] et le document de consentement, daté du 16 juillet 1985 », en prévoyant qu'il n'avait plus d'obligation de verser une pension alimentaire pour époux à l'épouse. Il demandait également une ordonnance indiquant qu'il n'était plus tenu de payer les primes de soins médicaux de l'épouse conformément au document de consentement. L'épouse a déposé un affidavit en réponse à la demande. Elle a avancé la thèse selon laquelle aucun tribunal n'était habilité à libérer le mari de son obligation de verser une pension alimentaire pour époux comme le prévoyait le jugement de divorce sud-africain. Elle a également affirmé qu'elle n'avait pas les fonds nécessaires pour retenir les services d'un avocat, qu'elle n'avait pas encore pu obtenir de l'aide juridique et qu'elle avait l'intention de déposer un autre affidavit à l'appui de l'arriéré alimentaire fondé sur le coût de la vie.

[12] Le 10 novembre 1998, la juge Swinton a accueilli la demande du mari. Dans une brève inscription, elle a souligné que, même si l'épouse en avait été dûment avisée, elle n'avait pas comparu à l'audition de la demande. Elle a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai compétence pour statuer sur la présente demande de modification, étant donné que les parties ont reconnu la compétence du tribunal en 1990 – alinéa 5(1)b) de la *Loi sur le divorce* – et que l'instruction de la présente affaire en Afrique du Sud occasionnerait des difficultés excessives au demandeur.

[13] Quant au bien-fondé de la demande, la juge Swinton a déclaré que, même si le mari ne demandait pas de redressement relativement aux aliments pour enfant dans sa demande, il y avait eu un changement important de circonstances justifiant de mettre fin à l'ordonnance alimentaire pour enfant à l'égard de David, qui n'était plus un enfant à charge.

[14] La juge Swinton a ajouté qu'il y avait aussi eu un changement important de circonstances relativement à l'obligation du mari de verser une pension alimentaire pour époux. Elle a ordonné que l'ordonnance de la juge Lang et l'ordonnance du juge Tebbutt de la Cour suprême de l'Afrique du Sud, datée du 5 août 1985 (le jugement de divorce sud-africain), soient modifiées de manière à prévoir que le mari

n'avait plus aucune obligation de verser des aliments pour époux et des primes de soins médicaux à l'épouse.

[15] Au nom de l'épouse, il est soutenu que la juge Swinton a commis une erreur en accueillant la demande du mari visant à modifier l'ordonnance de la juge Lang et le jugement de divorce sud-africain, au motif que la présente affaire ne relevait pas de la compétence du tribunal ontarien. Il est également soutenu que, quoi qu'il en soit, la demande aurait dû être rejetée sur le fond.

La législation applicable

[16] Les dispositions applicables de la *Loi sur le divorce* aux fins du présent appel sont les suivantes :

2(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

.....

« action en mesures accessoires » Action exercée devant un tribunal par l'un des ex-époux ou conjointement par eux en vue d'obtenir une ordonnance alimentaire ou une ordonnance de garde, ou les deux.

.....

« ordonnance alimentaire » Ordonnance rendue en vertu du paragraphe 15(2).

« ordonnance modificative » Ordonnance rendue en vertu du paragraphe 17(1).

« action en modification » Action exercée devant un tribunal par l'un des ex-époux ou conjointement par eux en vue d'obtenir une ordonnance modificative.

.....

3(1) Dans le cas d'une action en divorce, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal de la province où l'un des époux a résidé habituellement pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance.

.....

4. Dans le cas d'une action en mesures accessoires, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal qui a accordé le divorce à l'un des ex-époux ou aux deux.

5(1) Dans le cas d'une action en modification, a compétence pour instruire l'affaire et en décider :

- a) soit le tribunal de la province où l'un des ex-époux réside habituellement à la date d'introduction de l'instance;
- b) soit celui dont la compétence est reconnue par les deux ex-époux.

.....

15(1) Au présent article et à l'article 16, « époux » s'entend au sens du paragraphe 2(1) et, en outre, d'un ex-époux.

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments :

- a) de l'autre époux;

.....

17(1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

- a) une ordonnance alimentaire ou [...]

Compétence

[17] La question de la compétence soulève les questions suivantes :

1. La juge Lang avait-elle compétence pour rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux alors que les parties avaient divorcé dans un ressort étranger?
2. Le consentement des parties pouvait-il conférer au tribunal ontarien la compétence de décider des aliments pour époux?
3. Le tribunal ontarien avait-il compétence pour modifier des obligations en matière de pension alimentaire pour époux conformément à l'ordonnance de la juge Lang ou à un jugement de divorce étranger en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur le divorce*?

Réponse brève

[18] En ce qui concerne la première question, je suis d'avis que, le 27 septembre 1990, la juge Lang n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux (« l'ordonnance de la juge Lang »), parce qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences en matière de compétence prévues à l'art. 4 de la *Loi sur le divorce* (aussi appelée « la Loi »). L'article 4 prévoyait que seul le tribunal ayant accordé le divorce à l'un des ex-époux ou aux deux avait compétence pour décider ultérieurement d'une action en mesures accessoires, par ex. une ordonnance alimentaire au profit d'un époux. Puisqu'il n'avait pas accordé le divorce à l'une des parties ou aux deux, le tribunal ontarien ne pouvait rendre une ordonnance alimentaire en vertu de la Loi et, dans la mesure où elle prévoyait une pension alimentaire pour époux, l'ordonnance a été rendue sans compétence.

[19] Cette conclusion n'est pas modifiée par l'argument du mari selon lequel les parties peuvent conférer compétence au tribunal par voie de consentement (Question 2). La common law appuie à l'unanimité la proposition générale selon laquelle les parties ne peuvent habiliter le tribunal à rendre une décision lorsqu'il n'est autrement pas habilité à le faire ou lorsque son pouvoir est limité par une loi. L'article 4 ne conférait qu'au tribunal ayant accordé le divorce la compétence de connaître d'une action relative à des mesures accessoires. Cette limite ne peut être modifiée du consentement des parties.

[20] En ce qui a trait à la troisième question, le 10 novembre 1998, la juge Swinton n'avait pas compétence pour modifier l'ordonnance de la juge Lang ou le jugement de divorce sud-africain. Puisque l'ordonnance de la juge Lang était frappée de nullité, elle ne pouvait faire l'objet d'une action en modification. En vertu de la Loi, un tribunal canadien peut uniquement modifier une ordonnance alimentaire au profit d'un époux rendue dans le cadre d'un divorce canadien; il n'a pas compétence pour modifier une ordonnance alimentaire étrangère. La compétence pour modifier une ordonnance alimentaire étrangère au profit d'un époux ne peut trouver sa source que dans la législation provinciale concernant l'exécution des ordonnances alimentaires (en Ontario, il s'agit de la *Loi sur l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires*, L.R.O. 1990, chap. R.7 (« la LEROA »)), laquelle n'entre pas en jeu en l'espèce. La juge Swinton n'avait pas compétence pour trancher la demande du mari visant à modifier l'ordonnance de la juge Lang et le jugement de divorce sud-africain.

Analyse

[21] Compte tenu des éléments étrangers et de leurs effets sur la question de la compétence, il est utile d'examiner les faits bruts de l'espèce.

[22] L'épouse et le mari se sont mariés en Afrique du Sud et ont divorcé conformément à un jugement de la Cour suprême de l'Afrique du Sud, le 5 août 1985. Celui-ci intégrait au jugement en divorce un document de consentement réglant notamment les questions de la garde et des aliments.

[23] En 1990, le mari, qui avait déménagé et élu domicile en Ontario, a présenté une demande en vertu de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* pour obtenir la garde de l'enfant cadet, David. Dans sa demande, il ne demandait pas d'être libéré de ses obligations alimentaires. Le 27 septembre 1990, la juge Lang a rendu une ordonnance accordant la garde de David au mari et augmentant conditionnellement son obligation alimentaire envers l'épouse, qui résidait à l'époque en Californie. Les deux parties ont consenti à l'augmentation des aliments, même si le jugement de divorce sud-africain prévoyait expressément que la disposition relative aux aliments pour époux n'était pas modifiable. En 1998, le mari a présenté une demande visant à modifier l'ordonnance de la juge Lang, afin qu'il soit mis fin à ses obligations en matière de pension alimentaire pour époux. Le 10 novembre 1998, la juge Swinton a rendu une ordonnance (« l'ordonnance de la juge Swinton ») modifiant tant l'ordonnance de la juge Lang que le jugement de divorce sud-africain, ce qui a mis fin aux obligations du mari en matière de pension alimentaire pour enfant et pour époux.

[24] Bien que l'épouse demande l'annulation de l'ordonnance de la juge Swinton, seule la partie de cette ordonnance traitant des aliments pour époux est en litige dans le présent appel.

Question 1 : La juge Lang avait-elle compétence pour rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux?

[25] Avant d'examiner la compétence de la juge Lang pour rendre l'ordonnance, il convient de souligner que, puisqu'il s'agit d'un appel de l'ordonnance de la juge Swinton, l'attaque contre l'ordonnance de la juge Lang est une attaque indirecte. En règle générale, il est interdit d'attaquer indirectement une ordonnance du tribunal. Une attaque indirecte est toutefois permise lorsqu'il est allégué – comme c'est le cas en l'espèce – que l'ordonnance a été rendue sans compétence (*R. c. Wilson*, 1983 CanLII 35 (CSC), [1983] 2 R.C.S. 594, à la p. 599, 4 D.L.R. (4th) 577; *R. c. Litchfield*, 1993 CanLII 44 (CSC), [1993] 4 R.C.S. 333, 86 C.C.C. (3d) 97, à la p. 109). Le mari ne fait pas valoir que l'épouse ne peut contester la compétence de la juge Lang dans le présent appel.

[26] Il faut se rappeler que la demande dont la juge Lang était saisie avait été présentée en vertu de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. Aux termes de celle-ci, la juge Lang avait compétence pour traiter de la garde de David. Cependant, cette loi ne confère aucune compétence pour traiter des aliments pour époux. De plus,

les deux lois provinciales qui permettent d'aborder les aliments pour époux ne peuvent être invoquées dans les circonstances de l'espèce. La demande ne visait pas à être présentée – ni n'aurait pu être présentée – en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, chap. F.2, puisque les parties n'étaient pas des conjoints comme l'exigeait cette loi. On ne pourrait pas non plus dire que la demande avait été présentée en application de la LEROA, puisque cette procédure n'avait pas été invoquée. Ainsi, il ne reste que la *Loi sur le divorce*, adoptée par le fédéral, comme source éventuelle de compétence à l'égard de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux. En fait, l'avocat du mari a admis en appel que l'ordonnance de la juge Lang n'aurait pu être rendue qu'à titre d'ordonnance de mesures accessoires en vertu de la Loi.

[27] Selon la *Loi sur le divorce*, il n'y a que deux façons de traiter des aliments pour époux : a) dans une action en mesures accessoires (art. 4); et b) dans une action en modification (art. 5). Pour des raisons qui deviendront évidentes plus tard dans le cadre de la question 3, l'instance dont la juge Lang était saisie ne pouvait être une action en modification du jugement de divorce sud-africain.

[28] En vertu de l'art. 4 et de l'art. 15, la Loi confère au tribunal la compétence de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux à titre de mesure accessoire. Le paragraphe 15(2), qui figure sous la rubrique « Mesures accessoires », dispose qu'un tribunal compétent peut rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux. Le paragraphe 2(1) prévoit que l'ordonnance qui en résulte, appelée « ordonnance alimentaire » et définie comme telle, est rendue dans le cadre d'une « action en mesures accessoires ». La disposition pertinente accordant compétence au tribunal dans une action en mesures accessoires est l'art. 4, qui est une fois de plus reproduit par souci de commodité :

4. Dans le cas d'une action en mesures accessoires, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal qui a accordé le divorce à l'un des ex-époux ou aux deux. [Voir la note 1 à la fin du document.]

Ainsi, le tribunal aura compétence pour instruire une action en mesures accessoires et en décider, et pourra donc rendre une ordonnance alimentaire, à condition d'être le tribunal qui a également accordé le divorce à l'une des parties ou aux deux. De toute évidence, le terme « tribunal » ne peut que viser un tribunal canadien, notamment un tribunal ontarien si celui-ci était le tribunal ayant accordé le divorce aux parties.

[29] Je n'ai trouvé que trois causes traitant de la question; elles confirment toutes qu'en vertu de l'art. 4 de la Loi, un tribunal canadien n'a pas compétence pour ordonner des mesures accessoires (par ex. une pension alimentaire pour époux) s'il ne s'agit pas du tribunal qui a accordé le divorce aux parties : voir *Lietz v. Lietz* (1990),

1990 CanLII 11406 (BRNB), 111 N.B.R. (2d) 128, 30 R.F.L. (3d) 293 (C.B.R.); *Droit de la Famille -- 770 (Re)*, [1990] R.J.Q. 581 (C.S), et *Kalsi v. Kalsi* (1992), 1992 ABCA 182 (CanLII), 41 R.F.L. (3d) 201 (C.A. Alb.).

[30] À mon avis, l'ordonnance de la juge Lang ne saurait avoir été rendue qu'en vertu du par. 15(2) de la Loi et, par conséquent, la compétence pour rendre cette ordonnance doit trouver sa source dans l'art. 4. À la lumière des faits de l'espèce, il n'a pas été satisfait – et il ne pouvait être satisfait – à l'exigence en matière de compétence selon laquelle seul le tribunal ayant accordé le divorce est habilité à rendre une ordonnance alimentaire. Le tribunal ontarien n'était pas le tribunal ayant accordé le divorce aux parties. L'ordonnance de la juge Lang n'a pas satisfait à l'exigence en matière de compétence nécessaire pour décider d'une action en mesures accessoires et l'ordonnance a été rendue sans compétence.

Question 2 : Le consentement peut-il conférer la compétence?

[31] Le mari soutient que, dans tous les cas, la juge Lang avait compétence pour rendre l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux parce qu'en 1990, les deux parties avaient reconnu la compétence du tribunal ontarien. Il fait également valoir qu'après s'être prévalu de la compétence du tribunal ontarien pour obtenir une augmentation de la pension alimentaire pour époux, l'épouse ne peut maintenant – après avoir reçu les versements accrus au cours des huit dernières années – contester que le tribunal ontarien a la compétence voulue pour rendre l'ordonnance.

[32] L'épouse conteste cette thèse au motif que le consentement ne peut conférer la compétence. Selon elle, le fait que l'ordonnance a été rendue du consentement des deux parties est sans importance pour trancher la question de savoir si le tribunal ontarien avait compétence pour rendre l'ordonnance et si celle-ci est valide.

[33] Aucune source n'a été citée à l'appui de la thèse du mari. À mon avis, l'affirmation selon laquelle les parties ne peuvent conférer compétence au tribunal lorsque celui-ci n'a autrement pas compétence d'attribution est incontestablement exacte.

[34] L'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., p. 326, énonce le principe général comme suit :

[TRADUCTION]

Si, en raison d'une limite imposée par une loi, une charte ou une commission, le tribunal n'a pas compétence pour connaître d'une action ou affaire donnée, ni

l'acquiescement ni le consentement exprès des parties ne peuvent conférer compétence au tribunal [...]

[35] L'auteur cite à l'appui de ce principe une longue série de causes remontant à 1750. Comme le précise l'arrêt *Re Dulles Settlement*, [1950] All E.R. 1013 (C.A.), à la p. 1015, la jurisprudence indique généralement qu'[TRADUCTION] « aucun degré de soumission de la part d'une personne ne permettra d'élargir la compétence que le législateur a jugé bon de limiter ».

[36] Dans l'affaire *Cornwall (Township) v. Ottawa and New York Railway Co.* (1916), 1916 CanLII 614 (CSC), 52 S.C.R. 466, il a été soutenu qu'il n'y avait aucun droit d'appel d'une décision de la commission municipale. La question était de savoir si, en participant à un appel à la Cour d'appel de l'Ontario sans objection, une partie avait renoncé au droit de contester la compétence de la Cour suprême du Canada pour instruire l'appel. Le juge Duff, s'exprimant en son nom comme juge majoritaire (aucun membre du tribunal n'était en désaccord avec lui sur la question du consentement), a déclaré ce qui suit [aux p. 496 et 497] :

[TRADUCTION]

Tout d'abord, on dit qu'il s'agit d'une situation qui se prête à l'application de la maxime « le consentement ne peut conférer compétence ». Bien entendu, cela soulève simplement la question. Le consentement peut conférer compétence lorsqu'il consiste seulement à renoncer à une condition à laquelle la loi permet de renoncer; sinon, il ne le peut pas. Si l'absence de compétence touche à l'objet du litige ou que l'instance est d'un type qui, de par la loi ou la coutume, a été attribué à un autre tribunal, le simple consentement des parties est alors inefficace. Par exemple, aucun consentement ne pourrait conférer à la Cour suprême de l'Ontario la compétence d'instruire une pétition pour déterminer le droit à un siège au Parlement.

[37] De plus, dans *Hinde v. Hinde*, [1953] 1 All E.R. 171, [1953] 1 W.L.R. 175 (C.A.), une affaire dont les faits ressemblent à ceux du présent appel, la Cour d'appel anglaise s'est penchée sur une contestation en appel de la compétence du tribunal qui avait antérieurement rendu une ordonnance sur consentement énonçant des obligations alimentaires. Le mari avait versé des paiements alimentaires à l'épouse conformément à l'ordonnance sur consentement, mais sa succession avait mis fin aux paiements à son décès. L'épouse avait présenté une demande de paiement contre la succession au motif que l'intention des parties – reflétée dans l'ordonnance – était que les paiements se poursuivent après le décès du mari. Au nom de la succession, il a été soutenu que la loi limitait la compétence du tribunal à ordonner le versement de paiements pendant que les deux parties étaient vivantes, que cela fût ou non

l'intention des parties ou du tribunal dans son ordonnance. En outre, il a été allégué qu'à tout le moins, le tribunal n'était pas habilité à exécuter l'ordonnance. Les membres du tribunal ont à la fois explicitement et implicitement appliqué le principe selon lequel les parties ne pouvaient pas, de consentement, conférer au tribunal une compétence qu'il ne possédait autrement pas, et ils ont rejeté l'appel de l'épouse. (Voir aussi l'arrêt *Byrn v. Mackin* (1983), 1983 CanLII 4468 (CSQC), 32 R.F.L. (2d) 207 (C.S. Qué.), portant que les parties sont liées par les exigences en matière de compétence de l'al. 4(1)b) de la Loi et ne peuvent conférer compétence sur consentement, ainsi que l'arrêt *Patterson v. Torrance* (1994), 1994 CanLII 11001 (C.A.M.B.), 111 D.L.R. (4th) 477, 2 R.F.L. (4th) 74 (C.A. Man.), où, encore une fois dans le contexte du droit de la famille, le tribunal a confirmé que [TRADUCTION] « les parties ne peuvent conférer compétence au tribunal lorsque celui-ci n'a pas autrement compétence ».)

[38] En l'espèce, comme il a été souligné ci-dessus, l'art. 4 de la Loi prévoit que seul le tribunal qui a accordé le divorce a compétence pour décider d'une action en mesures accessoires (ordonnance alimentaire). Cette limite ne peut être modifiée du consentement des parties : il s'agit d'une condition préalable à l'exercice par le tribunal de la compétence conférée par la loi.

[39] Pour résumer, le fait que les parties ont consenti à l'ordonnance de la juge Lang ou s'y sont conformées pendant des années ne peut l'emporter sur le fait déterminant que le tribunal ontarien n'avait pas satisfait à l'exigence de l'art. 4 voulant qu'il soit le tribunal ayant accordé le divorce et n'avait donc pas compétence pour rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux. Par conséquent, les obligations en matière de pension alimentaire pour époux prévues au par. 4 de l'ordonnance de la juge Lang sont frappées de nullité.

Question 3 : La juge Swinton avait-elle compétence pour modifier des obligations en matière de pension alimentaire pour époux ?

[40] Il n'est pas contesté que la demande présentée à la juge Swinton était une action en modification. Elle visait à modifier tant l'ordonnance de la juge Lang que le jugement de divorce sud-africain. À mon avis, ni l'ordonnance ni le jugement ne pouvaient être modifiés, et ce, pour les raisons suivantes.

[41] La juge Swinton a semblé se déclarer compétente en vertu de la Loi et a invoqué l'art. 5 à titre de disposition législative lui permettant de décider de l'action en modification dont elle était saisie. L'article 5 de la Loi prévoit ce qui suit :

5(1) Dans le cas d'une action en modification, a compétence pour instruire l'affaire et en décider :

a) soit le tribunal de la province où l'un des ex-époux réside habituellement à la date d'introduction de l'instance;

b) soit celui dont la compétence est reconnue par les deux ex-époux.

[42] À mon avis, trois prémisses sous-tendent cette disposition : la première, c'est que l'ordonnance alimentaire visée par la demande de modification est valide; la deuxième est que l'ordonnance alimentaire a été rendue par un tribunal canadien en vertu de la *Loi sur le divorce*; la troisième, qui fait partie intégrante de la deuxième exigence, c'est qu'il doit y avoir un divorce canadien dont peut découler le pouvoir de modifier une ordonnance ou une mesure accessoire.

[43] La première prémisse va de soi. Une ordonnance alimentaire doit être valide avant que le tribunal ne puisse la modifier. Le tribunal ne peut modifier qu'une ordonnance initialement rendue par un tribunal compétent, puisque le pouvoir de modification ne peut être substantiellement plus large que le pouvoir de rendre l'ordonnance. Vu ma conclusion de la question 1 selon laquelle la partie de l'ordonnance de la juge Lang traitant des aliments pour époux a été rendue sans compétence et est frappée de nullité, la demande du mari visant à modifier l'ordonnance de la juge Lang doit être rejetée. La modification de l'ordonnance de la juge Lang par la juge Swinton doit être annulée.

[44] Il reste à déterminer si les parties de l'ordonnance de la juge Swinton modifiant le jugement de divorce sud-africain traitant des aliments pour époux et pour enfant et des primes de soins médicaux de l'épouse doivent également être annulées. Comme il a été indiqué ci-dessus, dans sa demande, le mari ne demandait pas d'être libéré de ses obligations en matière de pension alimentaire pour enfant. Néanmoins, la juge Swinton a ordonné une modification et déclaré que le mari n'avait plus aucune obligation en matière de pension alimentaire pour enfant envers l'épouse. Comme il a aussi été souligné ci-dessus, la question des aliments pour enfant n'a pas été soulevée dans le présent appel.

[45] Quant à la deuxième et à la troisième prémisses qui sous-tendent l'art. 5, elles découlent de l'interprétation du libellé de la loi. En vertu de l'art. 17, un tribunal compétent peut rendre une ordonnance modifiant une ordonnance alimentaire. Le terme « ordonnance alimentaire » est défini dans la loi (par. 2(1)) et vise toute ordonnance rendue en vertu du par. 15(2). Aux termes de cette disposition, une ordonnance alimentaire ne peut être rendue que par un tribunal compétent, lequel doit être, conformément à l'art. 4, le tribunal qui a accordé le divorce. Le tribunal ayant accordé le divorce doit être un tribunal canadien, puisqu'en vertu de la Loi, seul un tribunal d'une province – terme également défini dans la loi (par. 2(1)) – peut accorder le divorce (par. 3(1)). Ainsi, tant l'ordonnance que le divorce sur lequel elle

repose doivent avoir une identité canadienne. Il existe de la doctrine et de la jurisprudence à l'appui de cette conclusion.

[46] Dans l'ouvrage intitulé *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 1997, à la p. 417, le professeur Castel indique qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*, [TRADUCTION] « le droit à des mesures accessoires naît au moment du divorce ». Dans son ouvrage intitulé *Family Law: Cases, Notes & Material*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1996, à la p. 482, le professeur Hovius précise que, [TRADUCTION] « [p]uisque la compétence du Parlement du Canada en matière de pension alimentaire est accessoire à sa compétence législative en matière de divorce, le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce* cessera d'exister si le tribunal refuse d'accorder le divorce ». Il s'ensuit qu'un divorce canadien doit être accordé avant qu'un tribunal ontarien ne puisse rendre une ordonnance alimentaire en vertu de la Loi. Enfin, dans son ouvrage intitulé *Payne on Divorce*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1996, le professeur Payne indique que [TRADUCTION] « [l]'article 5 de la *Loi sur le divorce* ne confère à aucun tribunal canadien la compétence de modifier une ordonnance alimentaire étrangère, bien qu'une telle compétence puisse être exercée en vertu de la législation provinciale concernant l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires ». Ainsi, selon ces commentaires, l'art. 5 doit être interprété comme ayant pour effet de conférer aux tribunaux canadiens la compétence de modifier des ordonnances alimentaires canadiennes rendues en vertu de la Loi.

[47] Aucune cause canadienne dans laquelle un tribunal aurait modifié un divorce étranger ou une ordonnance alimentaire étrangère aux termes de la *Loi sur le divorce* n'a été citée; par ailleurs, je n'en ai trouvé aucune. Au contraire, les quelques fois où il y a eu une tentative en ce sens, la demande a été rejetée et les tribunaux ont déclaré que la législation provinciale en matière d'exécution réciproque était la voie à suivre. Il y a deux causes sur ce point.

[48] Dans l'affaire *Trotter v. Trotter* (1992), 1992 CanLII 8600 (ONSCDC), 90 D.L.R. (4th) 554, 40 R.F.L. (3d) 68 (Div. gén. Ont.), la juge Greer a rejeté la demande de l'épouse visant à modifier une ordonnance alimentaire d'un tribunal anglais, au motif que la *Loi sur le divorce* ne lui conférait pas compétence pour le faire. Les parties s'étaient mariées et avaient divorcé en Angleterre. Le mari avait déménagé aux États-Unis avec un enfant issu du mariage, tandis que l'épouse avait déménagé en Ontario avec le deuxième enfant. La juge Greer a indiqué qu'aux termes de la Loi, elle n'avait pas compétence pour modifier un jugement de divorce anglais, parce que le divorce des Trotter n'avait pas été accordé en vertu de la Loi et ne pouvait donc pas être modifié par nos tribunaux, à moins que le procureur général ne choisisse notre Cour à la demande de l'épouse en vertu de la LEROA. Elle a ensuite expliqué que la LEROA prévoyait un mécanisme permettant d'exécuter les ordonnances alimentaires

d'États accordant la réciprocité. Puisque aucune demande en ce sens n'avait été présentée, la demande de l'épouse a été rejetée.

[49] Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Smibert v. Smibert*, 1996 CanLII 7154 (BRSK), [1996] S.J. n° 496 (C.B.R.), la question s'est posée de savoir si l'art. 5 de la Loi pouvait conférer compétence pour modifier une ordonnance étrangère. Le juge Laing a conclu que [TRADUCTION] « la loi semblait indiquer assez clairement que l'art. 5 ne s'applique qu'aux ordonnances rendues en vertu de la *Loi sur le divorce* [...] ». Il a jugé qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas compétence pour modifier les conditions d'une ordonnance [de l'Alabama], à moins que cela ne puisse être fait conformément à » la LEROA, ce qui était impossible vu que le divorce étranger n'était pas enregistré comme l'exigeait la loi.

[50] Le Parlement n'a pas compétence pour adopter des lois autorisant des aliments pour époux, sauf lorsqu'ils sont accessoires à un divorce. L'alinéa 5(1)b traite de la capacité d'un ex-époux de demander une modification dans une province autre que celle ayant rendu le jugement de divorce. Il ne vise pas à permettre la modification d'un jugement de divorce étranger. La LEROA est le régime législatif dans le cadre duquel la modification d'une ordonnance alimentaire étrangère doit être abordée.

[51] À mon avis, il est clair que la juge Swinton ne pouvait tirer de l'art. 5 de la Loi sa compétence pour modifier le jugement de divorce sud-africain, comme elle l'a fait, et son ordonnance ne peut être maintenue. Il n'y a aucune compétence pour modifier un divorce étranger. Voilà pourquoi, comme je l'ai indiqué ci-dessus, l'ordonnance de la juge Lang ne pouvait être une modification.

Le bien-fondé de la demande présentée à la juge Swinton

[52] À titre de motif d'appel subsidiaire, l'épouse soutient que la demande du mari aurait dû être rejetée sur le fond. Vu ma décision sur la question de la compétence, il n'est pas nécessaire de se pencher sur ce motif d'appel. Cependant, j'aimerais faire quelques brefs commentaires sur cette question.

[53] Après un mariage traditionnel de 18 ans, les parties ont conclu une entente en vertu de laquelle elles renonçaient pour toujours à leur droit de demander une modification des aliments pour époux, sauf dans certaines conditions précises qui ne s'appliquent pas en l'espèce.

[54] Le mari a déclaré sous serment qu'il y avait eu des changements sur le plan de son revenu et de sa santé. L'épouse a déclaré sous serment que son revenu n'avait pas ou presque pas changé et qu'elle ne pouvait se permettre de retenir les services d'un

avocat dans le cadre de la demande. La modification a essentiellement été accordée par défaut, sur la foi d'affidavits et de renseignements financiers non vérifiés.

[55] Même sans tenir compte de la disposition non modifiable de leur entente, il reste que le mari jouit d'un niveau de vie beaucoup plus élevé que l'épouse. Il a une résidence de valeur et a accès à une fiducie familiale. L'avocat de l'épouse a soutenu que les paiements d'aliments pour époux représentaient 86 pour cent du revenu de l'épouse. Cette dernière déclare sous serment qu'elle n'a aucun actif. La juge Swinton a fait remarquer qu'il serait excessivement difficile pour le mari de se rendre en Afrique du Sud pour traiter de cette affaire. Il serait tout aussi difficile pour l'épouse de venir en Ontario.

[56] À mon avis, à la lumière du présent dossier, il n'y avait aucune preuve convaincante selon laquelle les parties avaient connu un changement important de circonstances. Il se peut que la cessation des paiements d'aliments pour époux ait occasionné de graves difficultés à l'épouse.

La modification de 1993

[57] L'effet de la présente décision est qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*, un tribunal canadien – c'est-à-dire notamment le tribunal ontarien – n'a compétence pour décider d'une action en mesures accessoires (par ex. une ordonnance alimentaire) que s'il a accordé le divorce à l'un des ex-époux ou aux deux. De plus, un tribunal canadien ne peut accorder une modification d'une ordonnance alimentaire dans le cadre d'un divorce canadien que si a) l'un des ex-époux réside habituellement dans la province à la date de l'introduction de l'instance, ou b) les deux ex-époux reconnaissent la compétence du tribunal.

[58] Dans les présents motifs, j'ai renvoyé à l'art. 4 de la *Loi sur le divorce* tel qu'il se lisait en 1990 à la date de l'ordonnance de la juge Lang. J'ai également mentionné que l'art. 4 avait été modifié le 25 mars 1993. Je reproduis cet article, dans sa rédaction en vigueur avant et après la modification :

4. Dans le cas d'une action en mesures accessoires, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal qui a accordé le divorce à l'un des ex-époux ou aux deux.

4(1) Dans le cas d'une action en mesures accessoires, a compétence pour instruire l'affaire et en décider :

a) soit le tribunal de la province où l'un des ex-époux réside habituellement à la date de l'introduction de l'instance;

b) soit celui dont la compétence est reconnue par les deux ex-époux.

Dans son ouvrage précité, le professeur Payne a indiqué que la modification [TRADUCTION] « semble suffisamment large pour permettre à une personne dont le divorce a été prononcé à l'étranger d'intenter une action en vue d'obtenir une ordonnance alimentaire et une ordonnance de garde en vertu des articles 15 et 16 de la Loi si elle a établi sa résidence habituelle dans une province canadienne ». Compte tenu des vastes répercussions que comporte une telle affirmation, il importe de la rectifier.

[59] À mon avis, la modification n'a pas du tout cet effet. Si le législateur avait auparavant limité la compétence au seul tribunal ayant accordé le divorce, la modification a élargi cette compétence en autorisant un tribunal canadien à instruire une action en mesures accessoires si l'un des ex-époux réside habituellement dans la province ou si les deux ex-époux reconnaissent la compétence du tribunal. Le législateur n'avait pas l'intention de donner aux tribunaux canadiens la compétence à l'égard des divorces étrangers. Comme l'a fait remarquer à juste titre le professeur Hovius, la compétence du législateur à l'égard des aliments est accessoire à sa compétence en matière de divorce prévue à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute tentative d'examiner la question des obligations alimentaires en l'absence d'un divorce prononcé au Canada empiéterait sur la compétence des provinces (en matière de « propriété et [de] droits civils », art. 92). Cette affirmation soutient et renforce également la conclusion que j'ai tirée sur la question de la compétence d'un tribunal ontarien pour rendre une ordonnance en l'absence d'un divorce canadien.

Dispositif

[60] Par conséquent, l'appel est accueilli et l'ordonnance de la juge Swinton, dans la mesure où elle se rapporte aux aliments pour époux, est annulée. Puisque le présent litige est en grande partie attribuable au consentement mutuel à l'ordonnance de la juge Lang, il n'y aura aucune ordonnance quant aux dépens.

Appel accueilli.

Notes

Note 1 : L'article 4 est reproduit tel qu'il se lisait en 1990 à la date de l'ordonnance de la juge Lang, et toutes les mentions renvoient à l'article tel qu'il se lisait avant la modification. Je commenterai la modification, qui est entrée en vigueur le 25 mars 1993, plus loin dans mes motifs.