

Donna Gail Richardson *Appellant*

v.

George Edward Richardson *Respondent*

INDEXED AS: RICHARDSON v. RICHARDSON

File No.: 19287.

1986: March 24, 25; 1987: June 4.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Divorce — Maintenance — Variation — Settlement agreement — Agreement prior to divorce providing for wife support for a period of one year — Wife unable to find work during that period and supported by public assistance claimed maintenance in divorce proceeding — Power of the court to vary maintenance provision of the agreement under s. 11(1) of the Divorce Act.

Divorce — Maintenance — Escalator clause — Settlement agreement — Whether a court can insert an escalator clause in a decree nisi where the parties did not have such a clause in their settlement agreement — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1).

Married in 1967, the parties separated in 1979. They had two children. The wife was not employed at the time of the separation but had worked full time until 1974 and for one month during that year and three months in 1976. Her husband has been a police officer since 1964. The proceeding commenced pursuant to the Ontario *Family Law Reform Act* ended with a settlement exemplified by minutes of settlement at a pre-trial conference where both parties were represented by counsel. Under the settlement agreement, the respondent was required to pay maintenance to the appellant for a period of one year. Provision was also made for the child in custody of the appellant. After the one-year period, appellant was still unemployed and was receiving social assistance. In the divorce action, she requested a variation of the terms of the minutes of settlement claiming maintenance for herself and an increase in maintenance for the child in her custody. The trial judge did not vary the child maintenance but awarded maintenance to the appellant and ordered an annual review of the maintenance to keep up with changes caused by inflation and the finan-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Donna Gail Richardson *Appelante*

c.

George Edward Richardson *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: RICHARDSON c. RICHARDSON

N° du greffe: 19287.

1986: 24, 25 mars; 1987: 4 juin.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

c

Divorce — Aliments — Modification — Convention — Convention antérieure au divorce accordant une pension alimentaire à l'épouse pour une période d'un an — L'épouse incapable de trouver du travail au cours de cette période et touchant des prestations sociales a demandé une pension alimentaire dans le cadre des procédures de divorce — Pouvoir du tribunal de modifier les stipulations alimentaires de la convention en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur le divorce.

d

Divorce — Aliments — Clause d'indexation — Convention — Le tribunal peut-il insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont pas inclus une telle clause dans leur convention? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1).

e

Les parties se sont mariées en 1967 et se sont séparées en 1979. Elles avaient deux enfants. L'épouse était sans emploi au moment de la séparation, mais elle avait travaillé à plein temps jusqu'en 1974, puis pendant un mois au cours de cette année-là et pendant trois mois en 1976. Son mari était policier depuis 1964. Les procédures engagées conformément à la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario ont pris fin par un règlement constaté dans une convention lors d'une conférence préparatoire au procès au cours de laquelle les deux parties étaient représentées par des avocats. En vertu de la convention, l'intimé était tenu de payer une pension alimentaire à l'appelante pendant un an. Une pension était également prévue pour l'enfant dont l'appelante avait la garde. À l'expiration de la période d'un an, l'appelante était toujours sans emploi et recevait des prestations sociales. Dans l'action en divorce, elle a demandé la modification des conditions de la convention de manière à obtenir des aliments pour elle-même et une hausse de la pension versée à l'enfant dont elle avait la garde. Le juge de première instance n'a pas modifié la

f

g

h

i

j

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

cial circumstances of the respondent. On appeal, the Court of Appeal found no change of circumstances in either the appellant or the respondent that would justify the allowance and struck the award for continued maintenance to the appellant and the "escalator" clause. The Court also ordered an increase in the child maintenance. This appeal is to determine when it is fit and just for a judge to make an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act* in an amount different from that agreed upon by the parties in an antecedent settlement agreement.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: A court should vary a settlement agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse and that change is the result of a pattern of economic dependency generated by the marriage relationship. This test, enunciated in the *Pelech* case in the context of an application under s. 11(2) of the *Divorce Act*, is applicable as well to a s. 11(1) application. In this case, the test was not met and the agreement should stand. Not only had there been no change of circumstances between the time of the separation agreement and the divorce proceeding, but it is also questionable whether appellant's unemployment at the time of the petition for divorce could be attributed to a pattern of economic dependency developed during the marriage. Appellant worked during a good part of her marriage. Thus, it cannot be said that the marriage atrophied her skills or impaired their marketability.

The fact that the former spouse has become a public charge does not by itself justify the variation of a spousal maintenance order. In the absence of a radical change in circumstances tied to marriage related pattern of economic dependency, the obligation to support her should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state.

Appellant's support payments cannot be increased simply because she has custody of her child. Where a court is concerned with the welfare of a child, that concern should be addressed, as did the Court of Appeal, by varying the amount of child support. A court

pension alimentaire de l'enfant, mais a accordé des aliments à l'appelante et a ordonné la révision annuelle de l'ordonnance alimentaire de manière à pouvoir l'ajuster en fonction des changements dus à l'inflation et à la situation financière de l'intimé. En appel, la Cour d'appel n'a constaté aucun changement de circonstances, ni chez l'appelante ni chez l'intimé, qui justifierait cette allocation alimentaire et a supprimé la prorogation de la pension alimentaire destinée à l'appelante et la clause d'indexation. La cour a également ordonné une hausse de la pension alimentaire versée à l'enfant. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer quand il est juste et approprié pour un juge de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, dont le montant est différent de celui convenu par les parties dans une convention antérieure.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: Un tribunal ne devrait réviser une convention que lorsqu'est survenu un changement radical dans la situation de l'ancien conjoint et que ce changement résulte d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Ce critère, énoncé dans l'arrêt *Pelech* dans le cadre d'une requête fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, s'applique également à une requête fondée sur le par. 11(1). En l'espèce, on n'a pas satisfait à ce critère et la convention doit être maintenue. Non seulement n'y a-t-il pas eu de changement de circonstances entre le moment de la convention de séparation et les procédures de divorce, mais il est aussi fort douteux que le fait que l'appelante était sans emploi au moment de la requête en divorce ait été attribuable à un état de dépendance économique engendré au cours du mariage. L'appelante a travaillé pendant une bonne partie de son mariage. Par conséquent, on ne peut dire que le mariage a contribué à diminuer ses compétences ou la valeur qu'elles peuvent avoir sur le marché du travail.

Le fait que l'ancien conjoint soit à la charge de la société ne justifie pas en soi la modification d'une ordonnance alimentaire. En l'absence de changement radical de circonstances lié à un état de dépendance économique engendré par le mariage, l'obligation de la soutenir financièrement devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État.

Les paiements alimentaires faits à l'appelante ne peuvent être haussés simplement parce qu'elle a la garde d'un enfant. Lorsqu'un tribunal est soucieux du bien-être d'un enfant, il doit donner suite à ce souci, comme l'a fait la Cour d'appel, en modifiant le montant des

is always free to intervene and determine the appropriate level of child support notwithstanding any settlement agreement between the spouses.

Appellant's allegation that the parties limited the period of spousal maintenance to one year because it was their common expectation that she would be employed within that period is not supported by the evidence and does not justify a departure from the settlement agreement. In a case like this one, where the parties' expectation is unclear or where there is no evidence of a common expectation, the agreement entered into by the parties freely and on the advice of independent legal counsel (which are not unconscionable in the substantive law sense) should be respected.

Finally, where the parties do not have an escalator clause in their settlement agreement, a trial judge cannot insert one in the decree *nisi* where there is no change of circumstances justifying a variation of the agreement.

Per La Forest J. (dissenting): Section 11(1) of the *Divorce Act* provides that a "court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" make an order for a spouse to pay a lump sum or periodic sums for maintenance. Under that section, the discretion to award maintenance is vested in the judge in the divorce action, not anyone else. The parties, therefore, cannot oust his jurisdiction by contract. Although the existence of a separation agreement is an important fact to be considered by the judge in exercising his discretion, the judge is not bound by it. The agreement should not lightly be disturbed, but if the court feels, having regard to the factors spelled out in s. 11(1), that there is need for change, it should allow it. The judge's discretion is not limited only to cases where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse after the agreement was made. This test enunciated in the *Pelech* case in the context of s. 11(2) is not applicable to a s. 11(1) application. There are significant differences between the two types of decision. When the trial judge exercises an original discretion in a divorce action to make an order for maintenance where the parties have entered into an agreement, it comes to the judge for the first time and he must review all the circumstances as a whole in exercising the discretion given by the *Divorce Act* to do what is fit and just. However, when variation of such an order is sought under s. 11(2), the judge is dealing with an order by which it has already been

aliments versés à l'enfant. Un tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant, nonobstant toute convention intervenue entre les conjoints.

^a L'allégation de l'appelante selon laquelle les parties ont fixé un terme d'un an à la pension alimentaire de l'épouse parce qu'elles s'attendaient à ce qu'elle trouve un emploi dans l'intervalle n'est pas étayée par la preuve soumise et ne justifie pas que l'on s'écarte de la convention. Dans une affaire comme l'espèce, où les attentes des parties ne sont pas claires et où il n'y a aucune preuve d'attentes communes, la convention que les parties ont conclue librement après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif), devrait être respectée.

^c Finalement, si les parties n'ont inclus aucune clause d'indexation dans leur convention, le juge de première instance ne peut en insérer une dans un jugement conditionnel de divorce lorsqu'il n'y a eu aucun changement de circonstances qui justifie une modification de la convention.

^e *Le juge La Forest (dissident):* Le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le divorce* prévoit que «le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent» rendre une ordonnance enjoignant à un conjoint d'effectuer le paiement d'une somme globale ou de sommes échelonnées, à titre d'aliments. En vertu de ce paragraphe, le pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire est conféré au juge saisi de l'action en divorce et à lui seul. Les parties ne peuvent donc écartier par contrat sa compétence en la matière. Bien que l'existence d'une convention de séparation constitue un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette convention ne saurait lier le juge. La convention ne devrait pas être modifiée à la légère, mais si le tribunal estime, compte tenu des facteurs énoncés au par. 11(1), qu'une modification est nécessaire, il devrait l'accorder. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne se limite pas seulement aux cas où il y a eu un changement radical de la situation de l'ancien conjoint après la conclusion de la convention. Ce critère, énoncé dans l'arrêt *Pelech* dans le contexte du par. 11(2), ne s'applique pas à une requête fondée sur le par. 11(1). Il y a des différences importantes entre les deux genres de décision. Lorsque le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire pour la première fois dans une action en divorce, en rendant une ordonnance alimentaire alors que les parties ont conclu une convention, il est saisi de la

judicially determined under the Act that the agreement was fit and just. The judge's authority is under the Act then confined to considering circumstances that have since intervened. Under these circumstances, a judge should adopt a far more stringent attitude before disturbing the agreement incorporated into a maintenance order. To do otherwise would amount to a reconsideration of the original order which was never intended by s. 11(2) of the Act.

Further, a separation agreement made pursuant to provincial family relations legislation while the marriage subsists is substantially different from one approved by a divorce court. A divorce is meant to be final. By contrast, s. 18(4) of the *Family Law Reform Act*, under which the agreement in this case was made, expressly provided for variation, both where the provision for support "results in circumstances that are unconscionable", and where the person supported "qualifies for an allowance for support out of public money". Had an application been made for a variation under this Act, or its successor, there is no reason why it could not have been varied.

Where the trial judge exercises his jurisdiction on a proper basis in making an order pursuant to s. 11 of the *Divorce Act*, a court of appeal has no right to interfere. The court of appeal cannot usurp the trial judge's jurisdiction in this area and should not substitute its discretion. Thus, in reviewing his judgment, a court of appeal is restricted to dealing with the matter in conformity with traditional principles of appellate review, such as material error including a misapprehension of the evidence, the exercise of discretion on an incorrect basis, and the like.

In the case at bar, appellant's lack of employment flowed directly from the role she played in the marriage. During the years she stayed home with the children, her skills have atrophied and she was unable to gain the new skills that are necessary today in her field as well as in others to compete against younger people with recent training. She is now in her mid-forties and must find time and energy to care for a child. The trial judge, weighing the relevant factors, determined that it would

question pour la première fois et il doit examiner l'ensemble de toutes les circonstances en exerçant le pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, que lui confère la *Loi sur le divorce*. Toutefois, lorsqu'on demande la modification de cette ordonnance, en vertu du par. 11(2), le juge est saisi d'une ordonnance par laquelle il a déjà été déterminé en justice que, selon la Loi, la convention est juste et appropriée. Le pouvoir du juge en vertu de la Loi se borne alors à un examen des circonstances intervenues depuis. Dans ces circonstances, le juge devrait adopter une attitude beaucoup plus stricte avant de modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire. Autrement, on remettrait en cause la première ordonnance, ce qui n'a jamais été l'intention du par. 11(2) de la Loi.

En outre, une convention de séparation conclue, conformément à une loi provinciale sur les relations familiales, pendant que le mariage subsiste, diffère sensiblement de celles qu'approuve un tribunal de divorce. Le divorce se veut définitif. Par contre, le par. 18(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, sous le régime duquel la convention a été conclue en l'espèce, prévoit expressément qu'elle peut être modifiée à la fois quand la stipulation alimentaire «conduirai[t] à un résultat oppressif» et quand le créancier alimentaire «peut se prévaloir d'une prestation alimentaire prélevée sur les deniers publics». Si une demande de modification avait été faite en vertu de cette loi ou de la loi qui lui a succédé, je ne vois pas pourquoi elle n'aurait pas pu être modifiée.

Lorsque le juge de première instance exerce correctement sa compétence en rendant une ordonnance conformément à l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, la cour d'appel ne peut intervenir. La cour d'appel ne peut usurper la compétence du juge de première instance en la matière et ne saurait avoir le loisir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance. Ainsi, en examinant son jugement, une cour d'appel ne peut statuer sur la question qu'en conformité avec les principes traditionnels applicables en matière d'appel, notamment l'erreur grave, dont la méconnaissance de la preuve, l'exercice erroné de son pouvoir discrétionnaire, et ainsi de suite.

En l'espèce, le fait que l'appelante soit sans emploi découle directement du rôle qu'elle a assumé au cours du mariage. Durant les années où elle est restée au foyer à élever ses enfants, ses compétences professionnelles ont diminué et elle n'a pu acquérir les nouvelles compétences aujourd'hui requises dans son domaine comme dans bien d'autres pour faire concurrence aux jeunes de formation récente. Elle arrive au milieu de la quarantaine et elle doit trouver le temps et l'énergie nécessaires

not be fit and just to permit the parties' relationship to continue to be governed by a provision of the separation agreement under which a destitute spouse was to receive low support for one year only, a period that had expired when the divorce decree was issued. The suggestion in the evidence that the common expectation of the party was that appellant would be able to find work within one year for which support was provided also supported the trial judge's decision to order maintenance, and indeed, the parties in their pleadings agreed that these common expectations existed. No sufficient reason has been advanced to disturb the trial judge's decision and the Court of Appeal should not have done so.

Finally, a court has the power to include an escalator clause in a maintenance order. Inflation is a perennial problem in making compensation awards. Such an attempt to give a constant value to an award does not go beyond the meaning of periodic payment or amount to a variation. Here, no compelling reasons have been presented for interfering with the trial judge's order in this regard and it should be restored.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; **distinguished:** *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; **referred to:** *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Re Cartlidge and Cartlidge*, [1973] 3 O.R. 801; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224; *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186.

By La Forest J. (dissenting)

Pelech v. Pelech, [1987] 1 S.C.R. 801; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R.

pour prendre soin d'un enfant. Le juge de première instance, après avoir soupesé les facteurs pertinents, a décidé qu'il ne serait ni juste ni approprié d'autoriser que les rapports entre les parties continuent d'être régis par une stipulation de la convention de séparation en vertu de laquelle une épouse déchue n'avait droit qu'à une petite pension alimentaire pour une période d'un an uniquement qui était déjà expirée lorsque le jugement de divorce a été prononcé. Le fait que la preuve laisse entendre que les parties s'attendaient toutes les deux à ce que l'appelante puisse trouver du travail au cours du délai d'un an pendant lequel le paiement de la pension serait fait, appuie également la décision du juge de première instance d'ordonner le soutien alimentaire et, en fait, les parties ont, dans leurs plaidoiries, reconnu l'existence de ces attentes communes. Aucune raison suffisante n'a été donnée pour modifier la décision du juge de première instance et la Cour d'appel n'aurait pas dû le faire.

Enfin, un tribunal a le pouvoir d'inclure une clause d'indexation dans une ordonnance alimentaire. L'inflation constitue toujours un problème quand il s'agit d'accorder une indemnité. Une telle tentative de conférer une valeur constante à une indemnité n'outrepasse pas le sens des paiements échelonnés ou n'équivaut pas à une modification. En l'espèce, on n'a soumis aucun motif convaincant de modifier l'ordonnance du juge de première instance à cet égard, et cette ordonnance devrait être rétablie.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt suivi: *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; **distinction d'avec l'arrêt:** *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; **arrêts mentionnés:** *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Re Cartlidge and Cartlidge*, [1973] 3 O.R. 801; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224; *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186.

Citée par le juge La Forest (dissent)

Pelech c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R.

(2d) 150; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186; *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71; *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261; *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234; *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252; *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394; *Ménard v. Ricard*, [1974] C.A. 157; *D'Errico v. D'Errico*, [1980] C.A. 27; *Laflamme v. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223; *Moosa v. Moosa*, Ont. Prov. Ct. (Family Division), June 17, 1981, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Child and Family Services and Family Relations Act, S.N.B. 1980, c. C-2.1, s. 115(5).
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1), (2).
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, Preamble, s. 33(4).
Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 18(4).
Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2, s. 18(4).
Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, c. 6, s. 19(4).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 30.5(4) [en. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1)].

Authors Cited

Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *F.L.R.* 1.
 Berger, Thomas R. "Forms of Support Orders Under the Divorce Act". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 67-76.
 Cook, Gail C. A. "Economic Issues in Marriage Breakdown". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 19-26.
 Payne, Julien D. "Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 27-34.

(2d) 150; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186; *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71; *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261; *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234; *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252; *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394; *Ménard c. Ricard*, [1974] C.A. 157; *D'Errico c. D'Errico*, [1980] C.A. 27; *Laflamme c. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223; *Moosa v. Moosa*, C. prov. Ont. (Division de la famille), le 17 juin 1981, non publié.

d Lois et règlements cités

Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, chap. 6, art. 19(4).
Loi de 1978 sur la réforme du droit de la famille, L.O. 1978, chap. 2, art. 18(4).
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, chap. 4, préambule, art. 33(4).
Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 18(4).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1), (2).
Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales, L.N.-B. 1980, chap. C-2.1, art. 115(5).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, art. 30.5(4) [aj. 1980 (2nd), chap. 15, art. 7(1)].

Doctrine citée

Abella, Rosalie S. «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *F.L.R.* 1.
 Berger, Thomas R. «Forms of Support Orders Under the Divorce Act». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 67-76.
 Cook, Gail C. A. «Economic Issues in Marriage Breakdown». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 19-26.
 Payne, Julien D. «Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 27-34.

Wilson, Bertha. «The Variation of Support Orders». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 44 R.F.L. (2d) 355, varying a judgment of Perras L.J.S.C., [1983] W.D.F.L. 829. Appeal dismissed, La Forest J. dissenting.

Janet M. Wilson, for the appellant.

D. Wayne Lalonde, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

WILSON J.—The issue in this case is when is it “fit and just” for a judge to make an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, in an amount different from that agreed upon by the parties in an antecedent settlement agreement.

The parties were married on November 18, 1967 and separated in November 1979. There are two children of the marriage neither of whom has attained the age of majority. Since 1964 the respondent has been a member of the Ottawa City Police Force. By the time of the divorce proceedings he had attained the rank of sergeant. From the time of her marriage until the birth of her second child in 1974 the appellant worked as a clerk-typist with the National Research Council of Canada. Apart from two jobs of very short duration in 1974 and 1976 the appellant has not worked since 1974. In 1980 she moved to North Bay to live with her parents. She is now aged 46 and her former husband 43.

Proceedings under the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, were commenced in Ottawa in 1980. When the appellant moved from Ottawa to North Bay she retained counsel there. At the pre-trial conference which was held at the courthouse in Ottawa the appellant was represented by the Ottawa agent for that counsel. The appellant

Wilson, Bertha. «The Variation of Support Orders». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 44 R.F.L. (2d) 355, qui a modifié le jugement du juge local Perras de la Cour suprême, [1983] W.D.F.L. 829. Pourvoi rejeté, le juge La Forest est dissident.

Janet M. Wilson, pour l'appelante.

D. Wayne Lalonde, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE WILSON—La question en litige en l'espèce est de savoir quand il est «juste et approprié» pour un juge de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, dont le montant est différent de celui convenu par les parties dans une convention antérieure.

Les parties se sont mariées le 18 novembre 1967 et se sont séparées en novembre 1979. Deux enfants sont issus du mariage et tous les deux sont encore mineurs. Depuis 1964, l'intimé est membre du service de police de la ville d'Ottawa. À l'époque des procédures de divorce, il avait atteint le rang de sergent. Depuis son mariage jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974, l'appelante a travaillé comme commis-dactylographe au Conseil national de recherches du Canada. Mis à part deux emplois pour une période très courte, en 1974 et en 1976, l'appelante n'a pas travaillé depuis 1974. En 1980, elle a déménagé à North Bay où elle vit maintenant avec ses parents. Elle est maintenant âgée de 46 ans et son ancien mari, de 43 ans.

Des procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, ont été engagées à Ottawa en 1980. Lorsque l'appelante a quitté Ottawa pour déménager à North Bay, elle a retenu les services d'un avocat là-bas. Lors de la conférence préparatoire au procès qui s'est tenue au palais de justice

does not contend that her legal representation was deficient in any respect. At the pre-trial conference the *Family Law Reform Act* proceeding was settled by handwritten Minutes of Settlement dated April 14, 1981. The settlement agreement was executed by Mrs. Richardson in North Bay in the presence of her counsel.

The settlement agreement gave custody of one child to the appellant and custody of the other child to the respondent. The respondent agreed to pay spousal support to the appellant in the amount of \$175 per month for a period of one year and to pay support for the child in her custody in the amount of \$300 per month with no limit as to the duration of that support. The parties agreed to share equally a \$20,000 debt owing to the wife's parents. The respondent assumed debts accumulated during the marriage in the amount of \$9,513.53. The appellant released her interest in the matrimonial home to the husband. The total equity in the home was valued at the time of the divorce hearing at \$20,921.80.

Although the handwritten Minutes of Settlement contained no clause providing that the settlement was final and conclusive of all claims between the parties, it appears that counsel for the respondent inserted such a clause in the final typewritten version of the Minutes. That version did not differ in any other respect from the handwritten version and was signed by both parties.

Following the settlement of that litigation Mrs. Richardson commenced proceedings for divorce claiming *inter alia* maintenance for herself (the one-year period having expired) and increased maintenance for the child in her custody. The divorce action was tried before Perras L.J.S.C. in the Supreme Court of Ontario. The appellant was then in receipt of social assistance. Perras L.J.S.C. gave judgment on May 12, 1983. He found that "because of these present handicaps experienced by Mrs. Richardson this is a sufficient case in which to ignore the earlier minutes of settlement". The trial judge then fixed the monthly maintenance for the wife at \$500 and the monthly main-

d'Ottawa, l'appelante était représentée par le mandataire de son avocat à Ottawa. L'appelante ne prétend nullement que la représentation par un avocat dont elle a bénéficié ait été déficiente de quelque manière. À la conférence préparatoire au procès, il a été mis fin aux procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille* par une convention manuscrite en date du 14 avril 1981. La convention a été signée par M^{me} Richardson à North Bay en présence de son avocat.

La convention confère la garde de l'un des enfants à l'appelante et la garde de l'autre à l'intimé. L'intimé a convenu de verser une pension alimentaire à l'appelante de 175 \$ par mois, pendant un an, et pour l'enfant dont elle a la garde une pension de 300 \$ par mois dont la durée serait illimitée. Les parties sont convenues de partager également une dette de 20 000 \$ dont les parents de la femme étaient créanciers. L'intimé a assumé le paiement des dettes accumulées au cours du mariage, dont le montant s'élevait à 9 513,53 \$. L'appelante a renoncé à son droit dans la résidence familiale en faveur du mari. La valeur nette totale de la résidence a été évaluée, au moment de l'instruction du divorce, à 20 921,80 \$.

La convention manuscrite ne comportait aucune clause portant que le règlement était définitif et mettait fin à toutes les créances entre les parties, mais il appert que l'avocat de l'intimé a inséré une clause de ce genre dans la version dactylographiée définitive de l'acte. Cette dernière version est analogue à tous autres égards à la version manuscrite et elle a été signée par les deux parties.

À la suite du règlement de ce litige, M^{me} Richardson a intenté une action en divorce, dans laquelle elle demandait notamment des aliments pour elle-même (la période d'un an étant expirée) et une hausse de la pension versée à l'enfant dont elle a la garde. Le juge local Perras a instruit l'action en divorce en Cour suprême de l'Ontario. L'appelante touchait alors des prestations sociales. Le juge local Perras a rendu jugement le 12 mai 1983. Il a conclu que [TRADUCTION] «en raison des handicaps dont est actuellement victime M^{me} Richardson, nous sommes justifiés en l'espèce de ne pas tenir compte de la convention antérieure». Le juge de première instance a alors fixé la pen-

tenance for the child in the wife's custody at \$300. The judge also ordered an annual review and variation of the maintenance in order to keep up with "changes which may be caused by inflation and the financial circumstances of the respondent". The actual adjustment formula was based on changes in the husband's annual income as recorded in his T4 slip.

The respondent successfully appealed the trial judgment to the Ontario Court of Appeal (1985), 44 R.F.L. (2d) 355. Judgment was given orally by Grange J.A. on behalf of the Court. Counsel agree that in the course of counsels' argument the Court referred to and adopted as the governing law its earlier decisions in *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 and *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609. The effect of these cases was to require a "catastrophic" change in circumstances to justify an interference with the provisions of a valid and enforceable separation agreement. Speaking for himself, Dubin and Finlayson J.J.A., Grange J.A. stated in his oral reasons for judgment (at p. 358):

The trial judge granted maintenance to the wife notwithstanding the minutes of settlement upon the grounds that there had been a change of circumstance entitling the wife to that allowance. We can see no change of circumstance in either the wife or the husband that would justify that allowance.

It is possible that the parties contemplated when limiting the support for the wife to the one-year period that the wife would, during that period, not only seek, but obtain employment. Indeed there is some suggestion in the evidence of the husband that that was so. The difficulty with that assumption, however, is that when the solicitor for the wife was examined in the previous proceedings, he was not permitted to give the substance of his advice to the wife and consequently, we do not know whether or not that was her contemplation at the time.

The award of continued maintenance to the appellant was struck from the order of Perras L.J.S.C.

sion mensuelle de la femme à 500 \$ et celle de l'enfant dont elle a la garde à 300 \$. Le juge a aussi ordonné la révision annuelle de l'ordonnance alimentaire de manière à pouvoir l'ajuster en fonction des [TRADUCTION] «changements qui peuvent survenir par suite de l'inflation et de la situation financière de l'intimé». La formule d'indexation effectivement utilisée repose sur les fluctuations du revenu annuel du mari qui ressortent de son reçu T4.

L'intimé a interjeté appel contre le jugement de première instance devant la Cour d'appel de l'Ontario et a obtenu gain de cause (1985), 44 R.F.L. (2d) 355. C'est le juge Grange qui a prononcé, oralement, l'arrêt de la cour. Les avocats reconnaissent que, pendant leurs plaidoiries, la cour a mentionné, et adopté comme énonçant la règle applicable, ses arrêts antérieurs *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 et *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609. Cette jurisprudence a pour effet d'exiger un changement «catastrophique» de circonstances pour justifier une modification des dispositions d'une convention de séparation valide et exécutoire. S'exprimant en son propre nom et en celui des juges Dubin et Finlayson, le juge Grange affirme dans les motifs oraux de son arrêt (à la p. 358):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a accordé des aliments à la femme malgré la convention, pour le motif qu'il y avait eu un changement de circonstances donnant à la femme droit à ceux-ci. Nous ne pouvons constater aucun changement de circonstances ni chez la femme ni chez le mari, qui pourrait justifier cette allocation alimentaire.

Il est possible que les parties aient envisagé, en limitant à un an la durée de la pension alimentaire de la femme, que, pendant cette période, celle-ci non seulement rechercherait, mais obtiendrait un emploi. D'ailleurs le témoignage du mari semble le laisser entendre. Cependant, le problème que pose cette hypothèse, c'est que lorsqu'il a été interrogé au cours des procédures antérieures, l'avocat de la femme n'a pas été autorisé à révéler l'essence des conseils qu'il lui avait donnés de sorte que, nous ignorons si c'était bien là ce qu'elle prévoyait à l'époque.

La prorogation de la pension alimentaire destinée à l'appelante a été supprimée de l'ordonnance

However, the Court of Appeal, quite properly, did not consider itself bound by the terms of the Minutes of Settlement as far as maintenance for the child was concerned and ordered that the monthly payment for the child be increased to \$500. Grange J.A. also struck from the order the so-called "escalator" clause providing for the automatic variation of maintenance depending on changes in the respondent's income. It became academic as far as the appellant was concerned since the Court of Appeal found that she had no entitlement to maintenance and it was, so that Court held, inappropriate so far as the child's maintenance was concerned.

In approaching this case the Court should have regard to the principles enunciated in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801 (reasons for judgment released concurrently), that a court should vary a settlement agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse and that change is the result of a pattern of economic dependency generated by the marriage relationship. I appreciate that that principle was stated in the context of a s. 11(2) application and that this case involves s. 11(1). I appreciate also that the wording of the two subsections is different. Section 11(1) provides that the court may make the order it thinks fit and just having regard to the condition, means and other circumstances of the parties. Section 11(2) states that an order made under s. 11(1) may be varied if the court thinks it fit and just to do so having regard to any change in the condition, means or other circumstances of the spouses. Nevertheless, in my view, despite the difference in the statutory language, when a court is confronted with a settlement agreement reached by the parties the same criteria should be applied under both sections. The underlying rationale is the same under both, namely 1) the importance of finality in the financial affairs of former spouses and 2) the principle of deference to the right and responsibility of individuals to make their own decisions. It is true that in an application under s. 11(2) the settlement agreement is incorporated in a decree *nisi* and this is not so in the case of an application under s. 11(1). However, as

rendue par le juge local Perras de la Cour suprême. Cependant, c'est tout à fait à bon droit que la Cour d'appel ne s'est pas considérée liée par les conditions de la convention en ce qui concerne les aliments accordés à l'enfant et a ordonné que sa pension mensuelle soit haussée à 500 \$. Le juge Grange a aussi supprimé de l'ordonnance la clause dite «d'indexation» qui prévoyait la modification automatique des aliments en fonction des fluctuations du revenu de l'intimé. Cette clause a perdu tout intérêt pratique en ce qui concerne l'appelante puisque la Cour d'appel a jugé qu'elle n'avait pas droit à des aliments et, ainsi que l'a décidé la cour, elle était inappropriée pour ce qui est de la pension de l'enfant.

En abordant cette affaire, la Cour devrait tenir compte des principes, énoncés dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), selon lesquels un tribunal ne devrait modifier une convention que lorsqu'est survenu un changement radical dans la situation de l'ancien conjoint et que ce changement résulte d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Je suis consciente que ce principe a été énoncé dans le cadre d'une requête fondée sur le par. 11(2), alors que, dans la présente affaire, il est question du par. 11(1). Je suis consciente aussi que le texte des deux paragraphes est différent. Le paragraphe 11(1) porte que le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il estime juste et appropriée compte tenu de l'état et des facultés des parties et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. Le paragraphe 11(2) dispose qu'une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) peut être modifiée si le tribunal l'estime juste et approprié compte tenu de tout changement de l'état ou des facultés de l'un des conjoints ou des autres circonstances dans lesquelles ils se trouvent. Néanmoins, à mon avis, malgré les différences dans le texte de loi, lorsqu'un tribunal est saisi d'une convention conclue par les parties, les mêmes critères devraient être appliqués dans les deux cas. Le raisonnement sous-jacent est le même, soit 1) l'importance d'un règlement définitif des affaires financières des anciens conjoints et 2) le principe du respect du droit et de la responsabilité qu'ont

was noted by Zuber J.A. in *Farquar v. Farquar*, *supra*, at p. 250:

In this case, the parties not only agreed to settle their own affairs but the agreement was incorporated into a divorce decree. In my view, the additional fact of the decree confirming the agreement adds little, if anything, to the problem. The centre of the problem is the agreement itself set out in the minutes.

If Zuber J.A. is correct in this, and I think he is, it is not surprising that when faced with a settlement agreement the courts have applied the same criteria in deciding when to depart from that agreement in both s. 11(1) and s. 11(2) applications. As Blair J.A. noted in *Webb v. Webb*, *supra*, at p. 133: "In practice . . . there has been considerable intermingling of the subsections in cases involving prior agreements between the parties". He then went on to state, after a review of the case law, that generally under s. 11(1) the courts have only interfered with the terms of a separation agreement where there has been a change of circumstances of sufficient magnitude to justify the variation and that this is the same test as is applied under s. 11(2).

In my view, the only difference under the two subsections is that in a s. 11(1) application the change being considered will have occurred between the signing of the agreement and the application for the decree *nisi* whereas in the s. 11(2) application the change will have occurred between the granting of the decree *nisi* and the application for variation.

Given that the *Pelech* test is applicable in a s. 11(1) as well as a s. 11(2) application, the test is not met on the facts of this case. No event has occurred which the appellant is peculiarly unable to deal with because of a pattern of economic

les individus de prendre leurs propres décisions. Il est vrai que, dans une requête fondée sur le par. 11(2), la convention est incorporée dans un jugement conditionnel de divorce, ce qui n'est pas le cas d'une requête fondée sur le par. 11(1). Toutefois, comme le fait remarquer le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar v. Farquar*, précité, à la p. 250:

[TRADUCTION] En l'espèce, les parties ont non seulement convenu de régler leurs propres affaires, mais leur convention a été incorporée dans le jugement de divorce. À mon avis, le fait additionnel que le jugement confirme la convention ne change guère le problème, dont le point central demeure la convention elle-même, constatée par l'acte.

Si le juge Zuber a raison là-dessus, comme je le pense, il n'est pas surprenant que, lorsqu'ils ont été saisis d'une convention, les tribunaux aient appliqué les mêmes critères pour déterminer quand il y a lieu de s'écarter de cette convention, peu importe s'il s'agissait de requêtes fondées sur le par. 11(1) ou de requêtes fondées sur le par. 11(2). Comme le juge Blair le souligne dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité, à la p. 133: [TRADUCTION] «En pratique [...] il y a eu entremêlement considérable des paragraphes dans les affaires qui comportaient des conventions antérieures entre les parties». Il ajoute alors, après avoir examiné la jurisprudence, qu'en général sous le régime du par. 11(1), les tribunaux n'ont modifié les conditions d'une convention de séparation que dans le cas d'un changement de circonstances d'une ampleur suffisante pour justifier leur modification, et que c'est le même critère qui est appliqué sous le régime du par. 11(2).

À mon avis, la seule différence entre les deux paragraphes, c'est que dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(1), le changement dont il faut tenir compte se sera produit entre la signature de la convention et la demande de jugement conditionnel de divorce alors que, dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(2), le changement sera survenu entre le jugement conditionnel de divorce et la demande de modification.

Étant donné que le critère de l'arrêt *Pelech* s'applique dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(1) comme dans celui d'une demande fondée sur le par. 11(2), il ressort des faits de l'espèce qu'on n'y satisfait pas. Il ne s'est produit

dependency generated by the marriage. At the time the separation agreement was concluded Mrs. Richardson was unemployed and Mr. Richardson was a sergeant in the Ottawa Police Force earning approximately \$40,000 per annum. The same conditions existed when the divorce proceeding was heard. Not only had there been no change of circumstances, as the Ontario Court of Appeal found, but it was also questionable whether Mrs. Richardson's position at the time could be attributed to a pattern of economic dependency developed during the marriage. As has already been mentioned, Mrs. Richardson was married in 1967 and worked continuously as a clerk-typist until the birth of her second child in 1974. She worked for one month in 1974 and for three months in 1976. The couple separated in November 1979. In sum, she was employed more often than not during the marriage. Moreover, the period of time from her last employment until the date of the separation was not that great. In this sense it cannot be said that the marriage atrophied her skills or impaired their marketability.

Counsel for the appellant relies, however, on comments in the case law which suggest that certain factors may *per se* justify a court in varying the terms of a settlement agreement. He submits, for example, that the fact that the appellant is now in receipt of public assistance is one such factor. However, as mentioned in *Pelech*, the fact that a former spouse has become or may become a public charge does not by itself justify the variation of a spousal maintenance order. In the absence of a radical change in circumstances tied to a marriage related pattern of economic dependency "the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state" (*Pelech v. Pelech*, *supra*, at p. 852). Otherwise a person who has once been married continues to be contingently liable for the support of his or her former spouse for the duration of their joint lives.

aucun événement auquel l'appelante est particulièrement incapable de faire face en raison d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Au moment où elle a conclu la convention de séparation, M^{me} Richardson était sans emploi et M. Richardson, qui était alors sergent au service de la police d'Ottawa, gagnait environ 40 000 \$ par année. Les mêmes conditions existaient lorsque l'action en divorce a été instruite. Non seulement n'y avait-il aucun changement de circonstances, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a conclu, mais il était aussi fort douteux que la situation de M^{me} Richardson à cette époque ait pu être attribuée à un état de dépendance économique engendré au cours du mariage. Comme je l'ai déjà dit, M^{me} Richardson s'est mariée en 1967 et a toujours travaillé comme commis-dactylographe jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974. Elle a travaillé pendant un mois en 1974 et pendant trois mois en 1976. Le couple s'est séparé en novembre 1979. Somme toute, elle a détenu un emploi plus souvent qu'autrement au cours du mariage. De plus, l'intervalle de temps entre son dernier emploi et la date de la séparation n'est pas si considérable. En ce sens, on ne peut pas dire que le mariage a contribué à diminuer ses compétences ou la valeur qu'elles peuvent avoir sur le marché du travail.

L'avocat de l'appelante invoque toutefois certains commentaires de la jurisprudence qui laissent entendre que certains facteurs peuvent en soi autoriser le tribunal à modifier les conditions d'une convention. Il fait valoir, par exemple, que le fait que l'appelante soit maintenant bénéficiaire de l'aide sociale est l'un de ces facteurs. Mais, comme on l'a mentionné dans l'arrêt *Pelech*, le fait que l'ancien conjoint soit, ou risque de devenir, à la charge de la société ne justifie pas en soi la modification d'une ordonnance alimentaire. En l'absence de changement radical de circonstances lié à un état de dépendance économique engendré par le mariage, «l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État» (*Pelech c. Pelech*, précité, à la p. 852). Autrement, la personne qui a déjà été mariée continuerait d'être éventuellement responsable du soutien alimentaire de son ancien conjoint, leur vie durant.

Another specific factor sometimes identified in the case law as justifying a variation of spousal maintenance is the indirect deprivation of children caused by the quantum of spousal maintenance agreed to in the settlement agreement. In this case Mrs. Richardson has custody of one child. The financial position of the custodial spouse may determine the standard of living of the children as well as the spouse. Indeed, changes in either child support or spousal maintenance may affect the economic viability of the unit as a whole: *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 (B.C.S.C.), at p. 325; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), at p. 135; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.), at p. 118; Bertha Wilson, "The Variation of Support Orders", in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), at p. 42.

This inter-relationship should not, however, lead us to exaggerate its extent or forget the different legal bases of the support rights. The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the parents in proportion to their respective incomes and ability to pay: *Paras v. Paras*, *supra*. The duration of the obligation of support varies with the provisions of each provincial statute. As a general proposition it can be stated that the obligation of support lasts until a child is between 18 and 21 years of age. It can last longer than that if there are special circumstances such as the presence of physical or mental handicaps in the child or the child is in full time attendance at an educational institution. Child maintenance, like access, is the right of the child: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (Fam. Ct.) For this reason, a spouse cannot barter away his or her child's right to support in a settlement agreement. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child: *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449 (H.C.); *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116 (H.C.), at pp. 117-18; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117 (B.C.S.C.); *Mercer v. Mercer* (1978),

Un autre facteur particulier parfois dégagé par la jurisprudence, comme justifiant la modification de la pension alimentaire versée au conjoint, est les privations imposées indirectement aux enfants en raison du montant des prestations alimentaires accordées au conjoint par une convention. En l'espèce, M^{me} Richardson a la garde d'un enfant. La situation financière du conjoint gardien peut avoir une incidence sur le niveau de vie des enfants aussi bien que sur le sien. En vérité, les modifications de la pension alimentaire du conjoint ou de celle des enfants peuvent avoir un effet sur la viabilité économique de l'unité familiale dans son ensemble: *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 (C.S.C.-B.), à la p. 325; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), à la p. 135; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), à la p. 118; Bertha Wilson, «The Variation of Support Orders», dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), à la p. 42.

Cette corrélation ne devrait pas cependant nous amener à en exagérer l'importance ou à oublier les fondements juridiques différents des droits à une pension alimentaire. Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs: *Paras v. Paras*, précité. La durée de l'obligation alimentaire varie selon la législation provinciale. En général, on peut dire que l'obligation alimentaire dure jusqu'à ce que l'enfant atteigne 18 ou 21 ans. Elle peut se prolonger dans certaines circonstances spéciales comme dans le cas d'un enfant qui souffre d'un handicap physique ou mental ou si l'enfant fréquente à plein temps un établissement scolaire. La pension alimentaire de l'enfant, comme les droits de visite, est un droit subjectif de l'enfant: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (T. fam.) Pour cette raison, le conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant: *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449 (H.C.); *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116 (H.C.), aux pp.

5 R.F.L. (2d) 224 (Ont. H.C.); *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 (Alta. S.C.), at p. 391; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86 (Man. Q.B.) Further, because it is the child's right, the fact that child support will indirectly benefit the spouse cannot decrease the quantum awarded to the child.

The obligation to provide spousal support arises from different bases and therefore has different characteristics. As discussed in *Pelech*, the courts in making an award of spousal maintenance are required to analyze the pattern of financial interdependence generated by each marriage relationship and devise a support order that minimizes as far as possible the economic consequences of the relationship's dissolution. Financial provision may be temporary or permanent. Spousal maintenance is the right of the spouse and a spouse can therefore contract as to the amount of maintenance he or she is to receive. Where this happens the court will be strongly inclined to enforce that contract: see *Pelech v. Pelech*, *supra*.

Given these differences between spousal and child maintenance, if the court's concern is that the child is being inadequately provided for, then that concern should be addressed by varying the amount of child support. This approach has several advantages. First, it explicitly identifies the area of the court's concern. Second, the benefit accrues to the individual whose legal right it is. The duty to support the child is a duty owed to the child not to the other parent. Third, the traditional characteristics of the child maintenance order better reflect the court's concern for the child's welfare than do the traditional characteristics of the spousal maintenance order. For example, while the court could order that a spousal maintenance order would cease when the children were no longer dependent, child maintenance always ceases when the children are no longer dependent. Further, the amount of child support in child maintenance orders is based on the demonstrated need of the child. Although increased child support may indirectly benefit the

117 et 118; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117 (C.S.C.-B.); *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224 (H.C. Ont.); *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 (C.S. Alb.), à la p. 391; *a Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86 (B.R. Man.) De plus, parce qu'il s'agit d'un droit de l'enfant, le fait que le conjoint bénéficie indirectement des aliments versés à l'enfant ne saurait justifier une révision à la baisse des aliments accordés.

L'obligation alimentaire envers le conjoint a des assises différentes et donc des caractéristiques différentes. Tel que discuté dans l'arrêt *Pelech*, les tribunaux, au moment d'accorder des aliments au conjoint, sont requis de procéder à une analyse du régime d'interdépendance financière engendré par chaque mariage et de concevoir une ordonnance alimentaire qui minimise autant que possible les conséquences économiques de la dissolution du lien matrimonial. Le soutien financier peut être temporaire ou permanent. C'est le conjoint qui est titulaire du droit subjectif à des aliments, aussi le conjoint peut-il, par contrat, stipuler le montant des aliments qu'il ou elle recevra. Le cas échéant, le tribunal sera fortement enclin à mettre à exécution ce contrat: voir *Pelech c. Pelech*, précité.

Compte tenu de ces différences entre l'obligation alimentaire envers le conjoint et celle envers l'enfant, si le tribunal craint que l'enfant ne reçoive pas de pension adéquate, il doit réagir en modifiant le montant des aliments de l'enfant. Cette démarche a plusieurs avantages. En premier lieu, elle indique explicitement quel est le souci du tribunal. En deuxième lieu, c'est l'individu titulaire du droit conféré par la loi qui en bénéficie. L'obligation de verser une pension alimentaire pour l'enfant est une obligation envers l'enfant et non envers l'autre conjoint. En troisième lieu, les caractéristiques traditionnelles de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant reflètent mieux le souci du tribunal pour le bien-être de l'enfant que les caractéristiques traditionnelles de l'ordonnance alimentaire au profit du conjoint. Par exemple, alors que le tribunal peut ordonner que l'ordonnance alimentaire au profit du conjoint arrivera à terme lorsque les enfants ne seront plus à sa charge, l'obligation alimentaire envers l'enfant

custodial spouse, it will not be based on the court's assessment of the spouse's need. Finally, an individual will be unable to evade spousal maintenance provisions in a contract simply by pointing to his or her custody of the children. Accordingly, in the circumstances of this case Mrs. Richardson's support payments should not be increased simply because she has custody of a child. The Court of Appeal adopted the proper route and increased the child support payments. This part of the order is not being contested.

Counsel for the appellant also relies on another ground of appeal. He argues that the parties in this case limited the period of spousal maintenance because it was their common expectation that Mrs. Richardson would be employed within that period of time. This expectation did not materialize and therefore the judge hearing the petition for divorce was free to make the order he considered "fit and just" without regard to the Minutes of Settlement entered into by the parties. Counsel argues, in effect, that the lost or failed expectation represents a change of circumstances from those anticipated by the parties justifying a departure from the settlement agreement under s. 11(1) of the *Divorce Act*. This position seems to have been adopted in a number of cases: see *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (Ont. H.C.); *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (Ont. H.C.); *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.)

However, the evidence of the parties' expectation in this case is unclear. When asked why spousal support was restricted to a one-year period the husband stated "It was my understanding that during the one-year period my wife was to seek and obtain active employment". The husband may have merely hoped that his wife would find employment within the year or he may have had a firm expectation to that effect which was, in his

cesse toujours lorsque les enfants ne sont plus des personnes à charge. De plus, le montant des ordonnances alimentaires rendues au profit des enfants est fonction des besoins démontrés de l'enfant. Bien que la hausse des aliments accordés à l'enfant puisse profiter indirectement au conjoint qui en a la garde, elle ne sera pas fondée sur une évaluation par le tribunal des besoins du conjoint. Enfin, un conjoint ne saurait échapper aux stipulations alimentaires contenues dans un contrat simplement en invoquant qu'il ou elle a la garde des enfants. C'est pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, les paiements alimentaires faits à M^{me} Richardson ne devraient pas être haussés simplement parce qu'elle a la garde d'un enfant. La Cour d'appel a choisi la bonne solution et a révisé à la hausse la pension alimentaire de l'enfant. Cet aspect de l'ordonnance n'est pas contesté.

L'avocat de l'appellante fait valoir aussi un autre moyen d'appel. Il soutient que les parties en l'espèce ont fixé un terme à la pension alimentaire de l'épouse parce qu'elles s'attendaient à ce que M^{me} Richardson trouve un emploi dans l'intervalle. Cette attente ne s'est pas concrétisée et, donc, le juge saisi de la requête en divorce était libre de rendre l'ordonnance qu'il estimait «juste et appropriée» sans tenir compte de la convention conclue par les parties. L'avocat soutient, en fait, que cette attente, qui s'est révélée vaine, représente un changement de circonstances par rapport à ce qu'anticipaient les parties, qui justifie de s'écarter de la convention en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*. C'est la position qui semble avoir été adoptée dans un certain nombre de décisions: voir les arrêts *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (H.C. Ont.); *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (H.C. Ont.); *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.)

Toutefois, la preuve réunie au sujet des attentes des parties en l'espèce n'est pas claire. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi la durée de la pension qu'il devait verser à sa femme avait été limitée à un an, le mari a répondu: [TRADUCTION] «Je pensais qu'au cours de cet intervalle d'un an, ma femme rechercherait activement et trouverait un emploi». Il se peut que le mari ait simplement espéré que sa femme se trouverait un emploi au cours de cette

mind, the reason for limiting the spousal maintenance to one year. The trial judge made no finding on this point. He ignored the Minutes of Settlement simply because of the "present handicaps" experienced by Mrs. Richardson. There was no evidence at all of the appellant's expectation. The Ontario Court of Appeal in face of the evidence or lack of same refused to make a finding as to the parties' expectation.

In the absence of evidence of a common expectation of the parties it seems to me that the Minutes of Settlement entered into freely by the parties and on the advice of independent legal counsel (which are not unconscionable in the substantive law sense) should be respected subject to the principle enunciated in *Pelech*. The possibility that Mrs. Richardson would not be employed at the end of the one-year period was not unforeseeable. Although she had clerk-typist skills she had not been recently employed. It is not as though Mrs. Richardson had been guaranteed a specific job and through a series of unexpected events that job fell through. This distinguishes the present case from *Barrett v. Barrett, supra*, where the court found that the parties' common expectation about the wife's future employment had been unexpectedly defeated and a variation of the maintenance order was therefore justified. In that case the husband agreed to pay the wife a sum of \$300 per month maintenance which would then be increased to \$500 per month. The payments would continue until such time as the wife remarried. The wife intended, and the husband was aware of this intention, to move back to England and accept her sister and brother-in-law's offer to work full time in a business as manager and book-keeper. Upon her arrival in England, however, it became immediately apparent that there was not enough work for her to do and that her sister and brother-in-law were not satisfied with the work she did do. Approximately six weeks after her arrival she was unemployed. The court ordered a variation of her maintenance.

année, mais il se peut aussi qu'il ait eu une quasi-certitude en ce sens, ce qui aurait été, dans son esprit, la raison pour laquelle il convenait de limiter à un an le versement de la pension alimentaire à sa femme. Le juge de première instance n'a pas statué sur ce point. Il a passé outre à la convention simplement à cause des [TRADUCTION] «handicaps dont est actuellement victime» M^{me} Richardson. Aucun élément de preuve n'a été soumis au sujet des attentes de l'appelante. La Cour d'appel de l'Ontario, devant la rareté ou l'absence d'éléments de preuve, a refusé de statuer sur les attentes des parties.

En l'absence de preuve d'une attente commune des parties, il me semble que la convention que les parties ont conclue librement après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif), devrait être respectée sous réserve du principe énoncé dans l'arrêt *Pelech*. Il n'était pas imprévisible que M^{me} Richardson n'aurait pas trouvé un emploi au terme de la période d'un an. Même si elle avait des compétences comme commis-dactylographe, elle n'avait détenu aucun emploi récemment. Ce n'est pas comme si M^{me} Richardson s'était vu garantir un travail précis et que, par suite d'une série d'événements imprévus, elle ne l'aurait pas obtenu. Cela distingue l'espèce de l'arrêt *Barrett v. Barrett*, précité, où la cour a conclu que les attentes communes des parties quant à l'emploi futur de la femme ne s'étaient pas réalisées contre toute expectative et qu'une modification de l'ordonnance alimentaire était donc justifiée. Dans cette affaire, le mari avait convenu de verser à sa femme une pension de 300 \$ par mois, qui serait alors haussée à 500 \$ par mois. La pension continuerait d'être versée tant que la femme ne se remarierait pas. La femme avait voulu, et le mari était au courant de cela, retourner en Angleterre et accepter l'offre, faite par sa sœur et son beau-frère, de travailler à plein temps dans leur entreprise comme gestionnaire et commis comptable. Cependant, à son arrivée en Angleterre, il devint vite évident qu'il n'y avait pas suffisamment de travail pour elle et que sa sœur et son beau-frère n'étaient pas satisfaits de son travail. Environ six semaines après son arrivée, elle était sans emploi. Le tribunal a ordonné la modification de sa pension alimentaire.

Having regard to Mrs. Richardson's circumstances at the time of the agreement including her skills, her previous record of employment and the fact that no employment position had been guaranteed to her, it cannot be said that the possibility of her being unemployed was completely outside the reasonable contemplation of the parties. I do not believe therefore that Mrs. Richardson is entitled on that ground to be relieved from the clause in the Minutes of Settlement which provides for the cessation of her maintenance at the expiry of the one-year period.

The appellant also challenges the Court of Appeal's decision to strike out the escalator clause inserted in the decree *nisi* by Perras L.J.S.C. This case does not require us to examine the question whether in general a trial judge has power to insert an escalator clause in a decree *nisi*. This case requires us to decide only whether a trial judge can insert an escalator clause in the decree *nisi* where the parties do not have such a clause in their settlement agreement. Since there has been no change in circumstances of the kind required to justify a variation of the Minutes of Settlement entered into by the parties, the trial judge's action in this regard cannot stand.

For these reasons I would dismiss the appeal but in the circumstances without costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The issue to be determined is whether, in the circumstances of this case, the judge in a divorce action properly exercised his discretion in making an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, in an amount different from that agreed upon by the parties in settling an antecedent action under the *Ontario Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152 as amended.

Compte tenu des circonstances dans lesquelles se trouvait M^{me} Richardson au moment de la conclusion de la convention, notamment de ses compétences professionnelles, des emplois qu'elle avait occupés antérieurement et du fait qu'aucun emploi ne lui avait été garanti, on ne peut pas dire qu'il était complètement déraisonnable pour les parties de ne pas envisager la possibilité qu'elle ne trouve pas d'emploi. Je ne crois donc pas que M^{me} Richardson a le droit, pour cette raison, d'échapper à l'application de la clause de la convention qui prévoit la cessation du paiement de sa pension alimentaire au bout d'un an.

L'appelante conteste aussi la décision de la Cour d'appel de supprimer la clause d'indexation insérée dans le jugement conditionnel de divorce par le juge local Perras. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de nous demander si, en général, un juge de première instance a le pouvoir d'insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce. Ce qu'il nous faut décider, c'est uniquement si un juge de première instance peut insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont inclus aucune clause de ce genre dans leur convention. Comme il n'y a eu aucun changement de circonstances qui puisse justifier une modification de la convention conclue par les parties, l'ajout fait par le juge de première instance à cet égard ne saurait être maintenu.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi mais, dans les circonstances, sans accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—La question est de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, le juge saisi d'une action en divorce a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a rendu une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, dont le montant était différent de ce qu'avaient convenu les parties en réglant une action antérieure fondée sur la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 152 et ses modifications.

The facts and the judicial history have already been adequately given by my colleague Wilson J., and I need not repeat them at length. I should, however, observe that our perception of some of the facts and the inferences to be drawn from them at times differ, and I shall have occasion to refer to these later.

Section 11(1)(a) of the *Divorce Act*, which is the relevant provision, reads as follows:

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

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

Section 11(1)(b), it may be noted, makes similar provision for maintenance orders by wives to husbands and children, and s. 11(1)(c) provides for custody orders.

As Chouinard J. made clear in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, at p. 408, the provisions of the *Divorce Act* constitute the only source for the award of maintenance on divorce. It is not a common law power and a court is bound, as in the case of other statutes, to approach the issue by reference to the intention of Parliament as revealed by the words of the statute.

What immediately strikes the reader on perusing s. 11(1) is that the discretion to award maintenance is vested in the judge in the divorce action, not anyone else. The parties, therefore, cannot oust his or her jurisdiction by contract. I agree, however, that the existence of a marriage settlement is an important fact to be considered by the judge in exercising his or her discretion. While the weight to be accorded separation agreements has varied with changing social attitudes and conditions, the basic proposition that the courts may override

Les faits et l'historique des procédures judiciaires ont déjà été adéquatement exposés par ma collègue le juge Wilson, aussi n'ai-je pas à les reprendre au long. Je me dois cependant de faire observer que notre perception de certains des faits et des conclusions qu'il faut en tirer diffèrent parfois, et j'aurai l'occasion de revenir là-dessus.

Voici le texte de la disposition qui nous intéresse, savoir l'al. 11(1)a) de la *Loi sur le divorce*:

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

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime

- d raisonnables pour l'entretien
 - (i) de l'épouse,
 - (ii) des enfants du mariage, ou
 - (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

L'alinéa 11(1)b), on peut le constater, prévoit de la même manière la possibilité de rendre des ordonnances enjoignant à une épouse de verser des aliments au mari et aux enfants, et l'al. 11(1)c) permet de rendre des ordonnances de garde.

Comme le juge Chouinard l'a dit clairement dans l'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, à la p. 408, les dispositions de la *Loi sur le divorce* constituent la seule source d'attribution des pensions alimentaires en cas de divorce. Ce n'est pas là un pouvoir découlant de la *common law* et le tribunal doit, comme dans le cas d'autres lois, examiner la question en fonction de l'intention du législateur qui ressort du texte de la Loi.

Ce qui frappe immédiatement lorsqu'on lit attentivement le par. 11(1), c'est que le pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire est conféré au juge saisi de l'action en divorce et à lui seul. Par conséquent, les parties ne peuvent écarter par contrat sa compétence en la matière. Je conviens cependant que l'existence d'une convention constitue un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Certes le poids accordé aux conventions de séparation a varié avec l'évolution des

them has remained since it was enunciated in *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.). My colleague, Wilson J., has fully reviewed the jurisprudence on this aspect of the case in relation to s. 11(2) of the *Divorce Act*, which provides for a variation of such orders, in the companion case of *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, also delivered today, under the heading V. "Preliminary Observations", and I need simply refer to that part of her judgment to confirm this point. As she notes, the *Hyman* principle underlies the decision of this Court in *Messier v. Delage*.

Nor may a court of appeal usurp the jurisdiction of the trial judge in this area. The discretion to award maintenance is the trial judge's, and it is not open to a court of appeal, including this Court, to substitute its discretion for that of the trial judge. Appeal courts are restricted to dealing with the matter in conformity with traditional principles of appellate review. Here, too, I need only refer to Wilson J.'s discussion of the matter in her judgment in *Pelech* under the heading IV. "Jurisdictional Issues". Like her, I would adopt the approach set forth by Morden J.A. in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) A court of appeal's jurisdiction, in other words, is limited to reviewing the trial judge's judgment on traditional grounds such as material error including a misapprehension of the evidence, the exercise of discretion on an incorrect basis, and the like. If the judge exercises his or her jurisdiction on a proper basis, a court of appeal has no right to interfere. In the present case, the Court of Appeal reversed the decision of the trial judge, and unless that reversal can be justified on the basis of the traditional jurisdiction of a court of appeal, then the trial judge's judgment must be restored.

To determine whether the Court of Appeal was justified in its action, it is first necessary to see precisely what the trial judge's discretion is and

attitudes et des conditions sociales, mais la règle de base, portant que les tribunaux peuvent y passer outre, demeure toujours depuis qu'elle a été énoncée dans l'arrêt *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.). Ma collègue le juge Wilson a passé en revue toute la jurisprudence sur cet aspect de l'affaire dans le cadre de l'analyse du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, qui prévoit la possibilité de modifier ces ordonnances, qu'elle fait dans l'affaire connexe *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, dont l'arrêt est aussi prononcé aujourd'hui, sous la rubrique V. «Observations préliminaires», aussi me suffit-il de renvoyer à cette partie de ses motifs pour confirmer ce point. Comme elle le souligne, le principe de l'arrêt *Hyman* sous-tend l'arrêt de cette Cour *Messier c. Delage*.

Les tribunaux d'appel ne peuvent non plus usurper la compétence du juge de première instance en la matière. Le pouvoir discrétionnaire d'accorder des aliments appartient au juge de première instance et un tribunal d'appel, y compris cette Cour, ne saurait avoir le loisir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance. Les tribunaux d'appel ne peuvent statuer sur la question qu'en conformité avec les principes traditionnels applicables en matière d'examen par voie d'appel. Ici aussi, je n'ai qu'à renvoyer à l'analyse que fait le juge Wilson à cet égard dans l'arrêt *Pelech*, sous la rubrique IV. «Les moyens déclinatoires». Comme elle, j'adopte la démarche proposée par le juge Morden dans l'arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) En d'autres termes, la compétence d'une cour d'appel se limite à l'examen du jugement du juge de première instance pour des motifs traditionnels comme l'erreur grave, dont la méconnaissance de la preuve, l'exercice erroné de son pouvoir discrétionnaire, et ainsi de suite. Si le juge exerce correctement sa compétence, la cour d'appel ne peut intervenir. En l'espèce, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et, à moins que cela puisse se justifier par la compétence traditionnelle d'un tribunal d'appel, le jugement du juge de première instance doit être rétabli.

Pour déterminer si la Cour d'appel était justifiée d'agir ainsi, il est d'abord nécessaire de cerner précisément le pouvoir discrétionnaire du juge de

what factors he or she must, under the legislation, consider in exercising that discretion.

What, then, is the discretion of the trial judge? Section 11(1)(a) provides the answer. In its words "the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" make an order for the husband to pay a lump sum or periodic sums for maintenance. The question for the trial judge to decide, then, is what, in the circumstances, he or she thinks "fit and just". The discretion is to do what is both "fit" and "just". Matas J.A. caught the flavour of this expression in *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51 (Man. C.A.), at p. 63 where he stated:

One of the meanings listed in The Oxford Universal Dictionary for "fit" is "Suited to the circumstances of the case, answering the purpose, proper or appropriate". As for "just", one of its definitions reads: "Consonant with the principles of moral right; equitable; fair. Of rewards, punishments, etc.: Merited. Constituted by law or by equity, lawful, rightful; legally valid." And so when judges talk of provision for maintenance being "reasonable" or "fair" or "adequate" or "proper", they are using different words to express (on some occasions perhaps more broadly than on others) what they are mandated to do under the legislation. [Emphasis added.]

This then is the mandate of the trial judge under the legislation. As Chouinard J. noted in *Messier v. Delage*, *supra*, at p. 414: "each case is *sui generis*". He further observed that the judge's discretion must be exercised "in accordance with the factors mentioned" in the provision. These factors, Chouinard J. tabulated as follows, at p. 411:

- (a) the conduct of the parties;
- (b) their respective conditions;
- (c) their means;
- (d) the other circumstances of either of them.

première instance et de rechercher les facteurs dont il doit tenir compte, selon la Loi, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Qu'en est-il donc du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? L'alinéa 11(1)a fournit la réponse. Selon ses termes, «le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent», rendre une ordonnance enjoignant au mari de verser une somme globale ou des sommes échelonnées à titre d'aliments. La question que le juge de première instance doit donc trancher consiste à déterminer ce qu'il estime «juste et approprié» dans les circonstances. Son pouvoir discrétionnaire consiste à faire ce qui est à la fois «juste» et «approprié». Le juge Matas saisit bien le sens de cette expression quand il dit, dans l'arrêt *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51 (C.A. Man.), à la p. 63:

[TRADUCTION] Voici l'un des sens donné par l'Oxford Universal Dictionary au terme «*fit*» (approprié): «Qui convient aux circonstances de l'affaire, qui répond au but, adéquat ou conforme». Quant à «*just*» (juste), l'une de ses définitions est ainsi conçue: «Conforme aux principes de la morale; équitable; impartial. En parlant de récompense, de châtement, etc.: mérité. Conforme au droit ou à l'équité, légitime, bien fondé; légalement valide.» Ainsi, lorsque les juges disent des stipulations alimentaires qu'elles doivent être «raisonnables», «équitables», «adéquates» ou «appropriées», ils ont recours à différents termes pour exprimer (à certaines occasions peut-être d'une manière plus générale qu'à d'autres) ce qu'ils ont reçu mandat de faire en vertu de la Loi. [C'est moi qui souligne.]

C'est là donc le mandat que la Loi confère au juge de première instance. Comme le juge Chouinard le souligne dans l'arrêt *Messier c. Delage*, précité, à la p. 414: «chaque cas est un cas d'espèce». Il fait aussi observer que le pouvoir discrétionnaire du juge doit être exercé «suivant les facteurs indiqués» dans la disposition. Ces facteurs, le juge Chouinard les classe ainsi, à la p. 411:

- a) la conduite des parties;
- b) leur état respectif;
- c) leurs facultés;
- d) les autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

In a word, the judge has a wide discretion which, as Chouinard J. noted (p. 408), has led some commentators to criticize the provision because of its lack of precision and insufficiency. Yet as he further noted, this should rather be seen as “an intentional flexibility”, a flexibility no doubt thought by Parliament to be advisable because every case is in the nature of things different — all the more so because of the overarching reality that the institution of marriage is, and was at time of the passing of the Act, in a state of flux. There are today many different kinds of marriages. One cannot treat a couple in their fifties, where the wife has stayed home for many years caring for a family, in the same way as two young childless professionals who decide to go their separate ways after a few years of marriage. Both the expectations of, and the economic implications for the spouses are vastly different, including their ability to cope adequately with the fallout from the break-up of a marriage. This is especially true having regard to the different roles that may have been adopted by the spouses in the marital relationship. That, as I said, appears to be why Parliament was “intentionally flexible” in enacting s. 11(1). In a technical sense, this position is equally applicable to men and women because it applies to s. 11(1)(b) as well, but it would be idle to pretend that today men and women are generally subject to the same economic disabilities flowing from marriage and its collapse. I see not paternalism, but realism, in the following remarks of Matas J.A. in *Ross v. Ross*, *supra*, at p. 64:

In my opinion, we have not yet reached the stage where we can safely say that generally husbands and wives are equal or nearly so, in earning capacity, or where we can necessarily say that generally the responsibilities of marriage have not disadvantaged the earning potential of the wife. In many cases, especially of more recent marriages, the courts could rely on the fairness of imposing an obligation on the wife to quickly become self-supporting. In some cases, the court could not.

En un mot, le juge jouit d'un large pouvoir discrétionnaire qui, comme le fait observer le juge Chouinard (à la p. 408), a amené certains glossateurs à critiquer la disposition en raison de son imprécision et de son insuffisance. Néanmoins, comme il l'ajoute, on doit plutôt y voir «une souplesse voulue», une souplesse sans doute jugée souhaitable par le législateur, du fait que chaque cas est par la force des choses différent, et ce, d'autant plus que la réalité fondamentale de l'institution du mariage est, et était au moment de l'adoption de la Loi, en évolution constante. Il y a aujourd'hui de nombreux genres de mariage. On ne peut traiter un couple dans la cinquantaine, dont la femme est restée au foyer durant de longues années pour élever sa famille, de la même manière que deux jeunes professionnels, sans enfants, qui décident de se séparer après quelques années de mariage. Les attentes des conjoints comme les répercussions qu'ils connaissent sur le plan économique sont extrêmement différentes, y compris leur capacité de surmonter les conséquences de la rupture du mariage. Cela est particulièrement vrai quand on considère les rôles différents que peuvent avoir joué les conjoints au cours du mariage. Cela, comme je l'ai dit, semble être la raison pour laquelle le législateur a voulu faire preuve de la «souplesse voulue» en adoptant le par. 11(1). Au sens strict, cette conception est applicable également aux femmes et aux hommes du fait qu'elle s'applique aussi à l'al. 11(1)b), mais il serait vain de prétendre qu'aujourd'hui les hommes et les femmes souffrent en général des mêmes désavantages économiques après l'effondrement d'un mariage. Je ne décèle aucun paternalisme, mais plutôt du réalisme, dans les propos tenus par le juge Matas dans l'arrêt *Ross v. Ross*, précité, à la p. 64:

[TRADUCTION] À mon avis, nous n'avons pas encore atteint le stade où nous pouvons dire à coup sûr qu'en général le mari et l'épouse sont égaux ou presque sur le plan de leur capacité de gain, ni celui où nous pouvons nécessairement dire qu'en général les responsabilités du mariage n'ont pas nui au potentiel de l'épouse de gagner un revenu. Dans bien des cas, surtout dans celui des mariages les plus récents, les tribunaux pourraient considérer comme équitable l'imposition d'une obligation à l'épouse de devenir autosuffisante rapidement. Dans certains cas, le tribunal ne le pourrait pas.

I agree with him, too, in saying of two marriages such as those above described that:

It would be patently unfair to try to force both these kinds of marriages into specific categories in order to decide the appropriate level of maintenance to be paid, or to decide if the court should intervene to correct an unjust agreement. Obviously, it would be unusual to find marriages to fit these circumstances exactly. Additional factors will surely be present in any real situation. But the examples, in this simplistic form, may serve to highlight the profound differences which may exist between one marriage and another.

Similar sentiments have been expressed in the Quebec Court of Appeal; see Vallerand J.A. in *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252, at p. 259, and LeBel J.A. in *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394, at pp. 400-01.

At all events, the factors to be considered are those dictated by the Act, and the person assigned the task of assessing these factors is the trial judge, not the Court of Appeal or this Court nor the parties themselves by means of a contract.

To allow separation agreements the kind of compelling weight argued for in this case is effectively to rewrite the Act so as to provide that where such an agreement exists, the trial judge's discretion is solely to vary the agreement in those cases only where radical or, to use the expression employed in some cases, catastrophic changes have occurred since it was made. That I have correctly understood this approach is clearly revealed in the dissenting judgment of Huband J.A. in *Ross v. Ross*, *supra*, pp. 73-74, cited by Wilson J. in *Pelech* as follows:

With respect, I do not think that the fact that a separation agreement is, or seems to be, unfair to one of the parties, is a sufficient foundation for the court to vary the terms of a separation agreement. There are many contracts which, in retrospect, may be viewed as "unfair" to one of the contracting parties, but that is not, of itself, in law or in equity, a basis for altering the agreement.

Je suis également d'accord avec lui pour dire ceci, au sujet de deux mariages comme ceux décrits ci-dessus:

[TRADUCTION] Il serait manifestement injuste d'essayer de faire entrer de force ces deux genres de mariage dans des catégories spécifiques, afin de déterminer le niveau approprié des aliments à payer ou de décider si le tribunal doit intervenir pour corriger une convention injuste. De toute évidence, il serait exceptionnel de trouver des mariages correspondant exactement à ces circonstances. Des facteurs additionnels s'ajoutent sûrement dans toute situation réelle. Mais ces exemples, tout simples qu'ils soient, peuvent servir à mettre en lumière les différences profondes qui peuvent exister entre un mariage et un autre.

La Cour d'appel du Québec a exprimé des sentiments semblables: voir le juge Vallerand dans *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252, à la p. 259, et le juge LeBel dans *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394, aux pp. 400 et 401.

Quoi qu'il en soit, les facteurs dont il faut tenir compte sont ceux prescrits par la Loi et celui à qui revient la tâche de les évaluer, c'est le juge de première instance, et non la Cour d'appel ni cette Cour, ni les parties elles-mêmes au moyen d'un contrat.

Accorder aux conventions de séparation la force obligatoire préconisée en l'espèce, c'est en fait récrire la Loi pour disposer que, lorsqu'une convention de ce genre existe, le pouvoir discrétionnaire du juge se borne à la modifier dans les cas uniquement où des changements radicaux ou, pour reprendre l'expression utilisée dans certaines décisions, catastrophiques se sont produits depuis qu'elle a été conclue. Les motifs de dissidence rédigés par le juge Huband dans l'affaire *Ross v. Ross*, précitée, aux pp. 73 et 74, cités aussi par le juge Wilson dans l'affaire *Pelech*, montrent clairement que ma conception de cette démarche est la bonne:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne pense pas que le fait qu'une convention de séparation soit, ou semble être, injuste pour l'une des parties constitue un motif suffisant pour que le tribunal en modifie les conditions. Il y a beaucoup de contrats qui, après coup, peuvent être considérés comme «injustes» pour l'une des parties contractantes, mais ce n'est pas là en soi, ni en droit ni en equity, une raison de modifier l'accord intervenu.

I am not, as I mentioned earlier, saying that a separation agreement is not an important fact to be considered by the judge in exercising his or her discretion. Such an agreement falls within the factors "conduct of the parties" or "other circumstances" mentioned in s. 11(1). It is obviously better for the parties to settle their affairs whenever possible. As well, settlement by the parties assists the courts in performing their function; it can save time and costs. Still, the latter considerations should not be used as an excuse to displace the court's function. Consequently, as many courts have stated, while such an agreement should not lightly be disturbed, at the end of the day, the judge cannot be bound by it. It is the judge who has been given the discretion to decide what is fit and just in the circumstances. See, in this context, Gagnon J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Ménard v. Ricard*, [1974] C.A. 157, at p. 159. Undoubtedly, the judge should, in the exercise of that discretion, respect an agreement that is reasonably fair and equitable, and failure to do so may well provide grounds for appellate intervention. But how can his adoption of an agreement that is manifestly harsh and unfair be "fit and just"? And such harshness and unfairness may manifest itself either at the time the contract is made or when the time has come for the judge to make his or her decision.

As will be obvious, so far as an order for maintenance under s. 11(1) of the Act is concerned, I am in general agreement with the approach adopted by the Manitoba Court of Appeal described by my colleague's judgment in *Pelech* under the heading VI. B. "*The Court's Overriding Power*". I repeat the words of Monnin J.A. in *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, at p. 52, but I would underline that he was there dealing with an order for maintenance under s. 11(1) and not s. 11(2):

I have always been and still am of the view that under Sec. 11 of the *Divorce Act*, a court can do what it thinks

Je ne prétends pas, comme je l'ai dit auparavant, qu'une convention de séparation n'est pas un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Une telle convention se situe dans la catégorie des facteurs «conduite des parties» ou «autres circonstances» que mentionne le par. 11(1). Manifestement, il vaut mieux que les parties règlent elles-mêmes leurs affaires dans tous les cas où cela est possible. De même, la convention des parties aide les tribunaux à exercer leur fonction; elle peut permettre d'économiser temps et argent. Néanmoins, ces considérations ne devraient pas servir d'excuse pour destituer le tribunal de sa fonction. Par conséquent, comme l'ont affirmé un grand nombre de tribunaux, bien qu'une convention de ce genre ne doive pas être modifiée à la légère, en dernière analyse, elle ne saurait lier le juge. C'est au juge qu'a été conféré le pouvoir discrétionnaire de décider ce qui est juste et approprié dans les circonstances. Voir, à cet égard, le juge Gagnon de la Cour d'appel du Québec dans *Ménard c. Ricard*, [1974] C.A. 157, à la p. 159. Il ne fait pas de doute que le juge doit, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, respecter une convention qui est raisonnablement juste et équitable; ne pas le faire pourrait bien justifier un tribunal d'appel d'intervenir. Mais comment son adoption d'une convention manifestement draconienne et inéquitable peut-elle être «juste et appropriée»? Ce caractère draconien et cette inéquité peuvent se manifester autant au moment de la conclusion du contrat qu'au moment où le temps est venu pour le juge de rendre sa décision.

Comme cela va devenir évident, pour ce qui est d'une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1) de la Loi, je partage, dans ces grandes lignes, le point de vue de la Cour d'appel du Manitoba, que décrit ma collègue dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Pelech*, sous la rubrique VI. B. «*L'autorité prépondérante du tribunal*». Je reprends les termes du juge Monnin dans l'arrêt *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, à la p. 52, tout en soulignant qu'il était alors saisi d'une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1) et non sur le par. 11(2):

[TRADUCTION] J'ai toujours été et je suis encore d'avis qu'en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, un

proper under the circumstances with respect to maintenance for the wife and children and the hands of the court cannot be fettered by a written agreement executed by the parties. It is clear though that, in order to encourage at all times this type of settlement, rather than to encourage litigation between the spouses, the court should not lightly disturb the terms of a duly negotiated contract. But if the court feels that there is need for change, it allows it.

See also *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (Man. C.A.), and *Ross v. Ross*, *supra*.

I would add that this approach to s. 11(1) is not confined to the Manitoba courts. The same approach has been taken in Saskatchewan and Alberta; see the judgment of Bayda J. (as he then was) in *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158 (Sask. Q.B.) as well as *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.) The Ontario courts' position does not until now seem to have been substantially different. In *Harrington v. Harrington*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, acting under s. 11(1), ordered an increase in the wife's maintenance over what had been provided in a marital settlement on the basis that the husband's income had increased by 50 per cent during the intervening period. See also *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (Ont. H.C.), which bears some resemblance to this case. The Quebec cases I have cited also favour the general approach I have taken.

In adopting the view that a court should vary a separation agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse after the agreement was made, my colleague, Wilson J., relies on the test she formulated in *Pelech* regarding a variation of an original maintenance order under s. 11(2) of the *Divorce Act*. The cases upon which she principally relies, *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113, and *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609, all in the Ontario Court of Appeal, also deal with variation orders. I shall have more to say about the approach that should be taken in dealing with

tribunal peut faire ce qu'il juge approprié de faire dans les circonstances en matière de soutien alimentaire de l'épouse et des enfants, et que le tribunal ne saurait avoir les mains liées par quelque convention écrite signée par les parties. Il est cependant clair que, pour encourager en tout temps ce genre de règlement plutôt que les procès entre conjoints, le tribunal ne devrait pas modifier à la légère les conditions d'un contrat dûment négocié. Mais si le tribunal estime qu'une révision s'impose, il y fait droit.

Voir aussi les arrêts *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (C.A. Man.), et *Ross v. Ross*, précité.

J'ajouterais que cette conception du par. 11(1) n'est pas limitée aux tribunaux manitobains. Elle a été également adoptée en Saskatchewan et en Alberta; voir le jugement du juge Bayda (plus tard Juge en chef de la Saskatchewan) dans l'affaire *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158 (B.R. Sask.), et l'arrêt *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.) La position des tribunaux ontariens ne semble pas jusqu'à maintenant avoir été essentiellement différente. Dans l'arrêt *Harrington v. Harrington*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, se fondant sur le par. 11(1), avait ordonné de hausser la pension alimentaire de l'épouse au-delà de ce que prévoyait la convention matrimoniale, pour le motif que le revenu du mari avait augmenté de 50 pour 100 dans l'intervalle. Voir aussi l'affaire *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (H.C. Ont.), qui est quelque peu semblable à l'espèce. La jurisprudence québécoise que j'ai citée favorise aussi le point de vue général que j'ai adopté.

En considérant qu'un tribunal ne devrait modifier une convention de séparation qu'en cas de changement radical des circonstances dans lesquelles se trouve l'ancien conjoint, après la conclusion de la convention, ma collègue le juge Wilson se fonde sur le critère qu'elle a formulé dans l'affaire *Pelech* concernant la modification de l'ordonnance alimentaire initiale, fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*. La jurisprudence qu'elle invoque principalement, savoir les arrêts *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113, et *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609, tous de la Cour d'appel de l'Ontario, porte aussi sur des ordonnances

variation orders in my judgment in *Pelech v. Pelech*, *supra*. It is sufficient here to say that I see significant differences between the two types of decision. When the trial judge exercises an original discretion in a divorce action to make an order for maintenance where the parties have entered into an agreement, it comes to the judge for the first time and he or she must review all the circumstances as a whole in exercising the discretion given by the *Divorce Act* to do what is fit and just. When variation of such an order is sought, however, the judge is dealing with an order by which it has already been judicially determined under the Act that the agreement was fit and just. The judge's authority is under the Act then confined to considering circumstances that have since intervened. Under these circumstances, a judge should adopt a far more stringent attitude before disturbing the agreement incorporated into a maintenance order. To do otherwise would amount to a reconsideration of the original order which, in my view, was never intended by s. 11(2) of the Act. Other courts have noted the more stringent onus that lies on a party seeking a variation of a maintenance order incorporating an agreement of the parties than that which lies on a party when an agreement is originally considered at the time the maintenance order is first made; see *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449, at p. 457, *per* Walsh J., cited by Blair J.A. in *Webb v. Webb*, *supra*, at pp. 140-41.

I should observe here, too, that a separation agreement sanctioned by a provincial family relations Act while the parties are married serves a different purpose from that of an agreement sanctioned in a divorce proceeding. A separation agreement made under a regime of provincial law is intended to deal, and can only constitutionally deal, with continuing marital obligations. A divorce, on the other hand, is a final dissolution of a marriage and should be interpreted with finality

ces de modification. J'en ai plus long à dire sur la démarche que l'on devrait suivre en matière d'ordonnance de modification dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Pelech c. Pelech*, précitée. Il suffit de dire ici que je perçois des différences importantes entre les deux genres de décision. Lorsque le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire pour la première fois dans une action en divorce, en rendant une ordonnance alimentaire alors que les parties ont conclu une convention, il est saisi de la question pour la première fois et il doit examiner l'ensemble de toutes les circonstances en exerçant le pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, que lui confère la *Loi sur le divorce*. Cependant, lorsqu'on demande la modification de cette ordonnance, le juge est saisi d'une ordonnance par laquelle il a déjà été déterminé en justice que, selon la Loi, la convention est juste et appropriée. Le pouvoir du juge en vertu de la Loi se borne alors à un examen des circonstances intervenues depuis. Dans ces circonstances, le juge devrait adopter une attitude beaucoup plus stricte avant de modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire. Autrement, on remettrait en cause la première ordonnance ce qui, à mon avis, n'a jamais été l'intention du par. 11(2) de la Loi. D'autres tribunaux ont souligné le fardeau beaucoup plus lourd qui repose sur la partie qui demande la modification d'une ordonnance alimentaire qui incorpore une convention des parties, que celui qui repose sur une partie lorsqu'une convention est examinée pour la première fois au moment de rendre l'ordonnance alimentaire initiale; voir l'affaire *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449, à la p. 457, le juge Walsh, cité par le juge Blair dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité, aux pp. 140 et 141.

Je devrais également souligner ici qu'une convention de séparation sanctionnée par une loi provinciale sur la famille, alors que les parties sont toujours mariées, répond à un objectif différent de celui d'une convention sanctionnée dans des procédures de divorce. Une convention de séparation faite sous le régime du droit provincial vise, et ne peut constitutionnellement viser, que le maintien des obligations matrimoniales. Le divorce, par contre, dissout définitivement le mariage et doit

in mind. Lamer J. in his dissent (with whom McIntyre and Wilson JJ. concurred) expressed this thought in the following manner in *Messier v. Delage*, *supra*, at p. 421:

Furthermore, quite apart from the fact that the woman rather than the man is the recipient of maintenance, the divorce itself is intended to dissolve the marriage bond, whereas separation only changes the living arrangements. If the divorce terminates the marriage, it is desirable that the *Divorce Act* should apply to ensure the termination of all relations, even those that are financial, provided—this must be borne in mind—that such a thing is possible. [Emphasis added.]

In her heading VII. “Conclusions” in *Pelech*, my colleague suggests that the case by case approach and the continuing surveillance of separation agreements by the courts will ultimately reinforce the bias that Matas J.A. refers to in the passage in *Ross v. Ross*, *supra*, and she seeks to find a more precise standard for the exercise of the courts’ functions. She further asserts that people should, as an overriding policy consideration, be encouraged to take responsibility for their own decisions in these matters. I do not, of course, quarrel with the goal of having people settling their financial affairs, marital and otherwise, in a mature and responsible fashion. We would have far less need for law courts if they did. What we really disagree about, I suppose, is the effectiveness of the means she proposes to achieve those results and, more importantly, whether in interpreting s. 11(1) in this way we are not developing judicial policy as opposed to the policy spelled out in the Act. I would again underline what I have previously said, that there is a world of difference between surveillance of marital agreements before and after divorce.

Assuming courts have authority to develop the policies proposed, I think that the adoption of these rigorous policies in regard to a separation agreement can have little, if any, influence on people who are now or soon will come before divorce courts. On any standard, the suggested

être interprété en ayant à l’esprit ce caractère définitif. Le juge Lamer, dans sa dissidence (à laquelle ont souscrit les juges McIntyre et Wilson), exprime cette idée de la manière suivante dans l’arrêt *Messier c. Delage*, précité, à la p. 421:

De plus, et ce indépendamment du fait que la femme soit, plutôt que le mari, la récipiendaire de la pension, le divorce lui-même a pour but de dissoudre le lien matrimonial, tandis que la séparation ne fait qu’en changer les modalités. Si le divorce met fin au mariage, il est souhaitable que la *Loi sur le divorce* s’applique de façon à favoriser la fin de toutes relations, mêmes financières, toujours, il est bon de le rappeler, lorsque la chose est possible. [C’est moi qui souligne.]

Sous la rubrique VII. «Conclusions» dans l’affaire *Pelech*, ma collègue laisse entendre que la méthode cas par cas et la surveillance constante des conventions de séparation par les tribunaux renforceront en fin de compte le préjugé que le juge Matas mentionne dans le passage de l’arrêt *Ross v. Ross*, précité, aussi recherche-t-elle une norme plus précise de l’exercice des fonctions du tribunal. Elle soutient en outre que les gens devraient, comme considération de principe prédominante, être encouragés à assumer la responsabilité de leurs propres décisions en la matière. Bien entendu, je ne conteste pas l’objectif de voir les gens régler leurs affaires financières, matrimoniales et autres, d’une manière responsable et adulte. Il serait beaucoup moins nécessaire de recourir à la justice si c’était le cas. Là où nous ne nous entendons vraiment pas, je suppose, c’est au niveau de l’efficacité des moyens auxquels elle propose de recourir pour arriver à ces résultats et, qui plus est, au niveau de la question de savoir si en donnant cette interprétation au par. 11(1) nous nous trouvons à formuler une politique judiciaire par rapport à celle énoncée dans la Loi. Je soulignerais à nouveau ce que j’ai dit antérieurement, savoir qu’il y a un monde entre la surveillance des conventions entre conjoints conclues avant le divorce et celles conclues après.

En présumant que les tribunaux ont le pouvoir d’élaborer les politiques proposées, je pense qu’adopter ces politiques rigoureuses dans le cas d’une convention de séparation ne peut avoir éventuellement que peu d’influence sur ceux qui sont maintenant, ou qui le seront bientôt, devant les tribunaux

educational function can scarcely be expected to have any real impact on those people. Apart from this, I seriously doubt that the adoption of such a judicial policy would have much effect on what people will do at what, for most of them, is one of the most stressful periods of their lives. Lawyers and judges alike are prone to exaggerate the influence legal rules of this kind have on people's behaviour. What we do know for certain is that many people under these circumstances do very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel.

Even if I thought that the adoption of such a judicial policy would have the desired effect, I do not think we are given the power to do this at the expense of those whom Parliament sought to protect by giving jurisdiction to a judge to order what he or she thinks is "fit and just" having regard to the factors spelled out in the legislation. Parliament's policy, as Chouinard J. noted, is one of "intentional flexibility" aimed at meeting the variegated situations a trial judge must face in divorce matters. I am confident that trial judges are in a better situation to respond to this policy than appeal court judges; trial judges hear the matter first hand. Parliament obviously took this view in vesting the discretion in them. Theirs is the task of making the decision, weighing the factors prescribed by the Act. Courts of appeal undoubtedly have a role within the limits previously described, in seeing that trial judges properly exercise their discretion by adequately weighing the factors they are required to consider, but the search for precision must be confined within the intentionally flexible policy adopted by Parliament. There is no flexibility in a judicially created policy that requires a judge to exercise his or her discretion to do what is fit and just in accordance with the provisions of a separation agreement unless radical changes have occurred since the agreement was made. Under such a policy, the judge's discretion simply becomes no more than one to vary a separation agreement when subsequent radical circum-

de divorce. Quelle que soit la norme choisie, on ne peut guère s'attendre à ce que la fonction éducative proposée ait une incidence réelle sur ces gens. Cela mis à part, je doute vraiment que l'adoption d'une telle politique judiciaire ait un grand effet sur ce que les gens feront à ce qui constitue, dans la plupart des cas, l'un des moments les plus traumatisants de toute leur vie. Avocats et juges ont souvent tendance à exagérer l'influence que les règles juridiques de ce genre ont sur le comportement des gens. Ce que nous savons avec certitude, c'est que bien des gens, dans ces circonstances, font des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables, même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique.

Même si je croyais que l'adoption d'une telle politique judiciaire aurait l'effet souhaité, je ne crois pas que nous ayons le pouvoir de le faire aux dépens de ceux que le Parlement a voulu protéger en donnant au juge le pouvoir d'ordonner ce qu'il estime «juste et approprié», compte tenu des facteurs énoncés dans la Loi. La politique du législateur fédéral, comme le juge Chouinard l'a noté, en est une de «souplesse voulue» qui vise à répondre aux diverses situations auxquelles le juge de première instance doit faire face en matière de divorce. Je suis assuré que le juge de première instance est mieux placé pour donner suite à cette politique que les juges des tribunaux d'appel; le juge de première instance est directement saisi de l'affaire. Le législateur, de toute évidence, était de cet avis quand il l'a investi de ce pouvoir discrétionnaire. Il a pour tâche de rendre une décision en soupesant les facteurs prescrits par la Loi. Les tribunaux d'appel ont sans aucun doute le rôle, dans les limites déjà décrites, de s'assurer que le juge de première instance exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire, en soupesant adéquatement les facteurs dont il est obligé de tenir compte; mais cette recherche de précision doit respecter la politique de souplesse voulue adoptée par le législateur. Il n'y a aucune souplesse dans une politique créée par les tribunaux, qui oblige le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, en conformité avec les dispositions d'une convention de séparation, à moins que des

stances have occurred. This, in my view, amounts to rewriting the Act. This we have no right to do.

We are told that recent statutory provisions reinforce the judicial policy by encouraging out-of-court settlement of marital disputes. I agree that conciliation procedures to encourage such settlements in divorce proceedings are a desirable innovation. But we are not talking about that kind of procedure, and as I read the more modern statutes they do not support the proposition that separation agreements are to have virtually binding force unless radical changes have since occurred. The *Divorce Act* itself contemplates a flexible regime as I have been at pains to note. And the various provincial family law Acts of recent years appear to me to reveal a quite different approach to separation agreements than has been argued for here. To begin with, the central philosophy of these Acts is to recognize the equal position of the spouses in the marriage partnership and in support of such recognition to provide for an orderly and equitable resolution of their affairs on the breakdown of their marriage (see the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, Preamble; see also its predecessor, the *Family Law Reform Act, supra*, which governs here). To this end, it contemplates the equal division of assets. Furthermore, while parties may contract out of this regime, since 1978 the Act has provided that the court may set aside a provision for support in a marital contract if such provision “results in unconscionable circumstances” (emphasis added); see S.O. 1978, c. 2, s. 18(4), a provision repeated with modifications in s. 33(4) of the 1986 Act, *supra*. It will be observed that this provision is not limited to common law unconscionability under which a contract may be avoided because of unconscionable action at the time of the agreement, but by referring to results extends its application into the future. This is consistent, incidentally, with the law in several other jurisdictions; see New Brunswick, *Child and Family Services and Family Relations Act*,

changements radicaux ne se soient produits depuis que la convention a été conclue. En vertu d’une telle politique, le pouvoir discrétionnaire du juge devient simplement le pouvoir de modifier une convention de séparation lorsqu’un changement de circonstances radical est survenu ultérieurement. Cela équivaut, à mon avis, à récrire la Loi, ce que nous n’avons pas le droit de faire.

On nous dit que de récentes dispositions légales renforcent cette politique judiciaire en encourageant le règlement hors cours des litiges matrimoniaux. Je reconnais que la procédure de conciliation destinée à encourager de tels règlements en matière de divorce est une innovation souhaitable. Mais nous ne parlons pas de ce genre de procédure ici et, d’ailleurs, selon mon interprétation des lois plus modernes, elles ne justifient pas de dire que les conventions de séparation acquièrent une force virtuellement obligatoire sauf si des changements radicaux sont survenus depuis leur conclusion. La *Loi sur le divorce* elle-même prévoit un régime souple, comme j’ai pris soin de le souligner. Et les diverses lois provinciales adoptées ces dernières années en matière de droit de la famille me paraissent révéler une conception des conventions de séparation fort différente de celle soutenue en l’espèce. Pour commencer, la principale philosophie de ces lois consiste à reconnaître l’égalité des conjoints dans le mariage et, en conséquence, à prévoir un règlement ordonné et équitable de leurs affaires au moment de la rupture de leur mariage (voir la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, chap. 4, préambule; voir aussi la loi qui l’a précédée, soit la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, qui s’applique ici). À cette fin, elle prévoit un partage égal des biens. De plus, alors que les parties peuvent par contrat renoncer à l’application du régime, depuis 1978 la Loi prévoit que le tribunal peut annuler une disposition alimentaire d’un contrat matrimonial dans le cas où elle «conduirai[t] à un résultat oppressif» (c’est moi qui souligne); voir L.O. 1978, chap. 2, par. 18(4), une disposition reprise avec modifications au par. 33(4) de la loi de 1986, précitée. On remarquera que cette disposition ne se limite pas à la lésion de *common law*, en vertu de laquelle le contrat peut être résilié pour cause d’acte lésionnaire au moment de sa conclusion, mais en faisant

S.N.B. 1980, c. C-2.1, s. 115(5); Prince Edward Island, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6, s. 19(4); Yukon, *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 30.5(4), enacted S.Y.T. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1); for the similar situation in Quebec, see *Ménard v. Ricard*, *supra*; applied in *D'Errico v. D'Errico*, [1980] C.A. 27, at pp. 28-29. It strikes me as strange that a court would feel justified in setting aside a separation agreement under the common law doctrine of unconscionability while ignoring the doctrine of unconscionability expressly provided for under the specific legal regime under which the agreement in this case was made.

The *Family Law Reform Act*, *supra*, also provides that the court may set aside a provision for support in such agreement where the person supported qualifies for an allowance for support out of public money; see s. 18(4)(b), now replaced by s. 33(4)(b) of the *Family Law Act, 1986*, *supra*. This provision underlines the public aspect of marriage and in particular recognizes that the role of one of the partners in a marriage may impede that partner in the job market, and that the choice of marriage roles adopted by the parties should, in a measure, be borne by both partners to the marriage. Otherwise, marriage partners could arrange their affairs on the break-down of the marriage in total disregard of the public interest; see *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A.)

I shall now briefly examine the facts of this case in the light of the foregoing considerations. The Richardsons were married in 1967, both for the first time. He was then 23 and she, 27. They were divorced sixteen years later in 1983, when he was 40 and she was 43. They had two children. On divorce, she was given custody of one of the chil-

référence aux résultats éventuels, elle étend son application à l'avenir. Cela est d'ailleurs conforme à la loi en vigueur dans plusieurs autres ressorts; voir la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1980, chap. C-2.1, par. 115(5); la *Family Law Reform Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1978, chap. 6, par. 19(4); la *Matrimonial Property and Family Support Ordinance* du Yukon, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, par. 30.5(4), adopté à S.Y.T. 1980 (2nd), chap. 15, par. 7(1); pour la même situation au Québec, voir *Ménard c. Ricard*, précité; arrêt suivi dans *D'Errico c. D'Errico*, [1980] C.A. 27, aux pp. 28 et 29. Je trouve étrange qu'un tribunal se sente justifié d'annuler une convention de séparation en vertu du principe de la lésion de *common law*, tout en faisant abstraction de celui de la lésion expressément prévu par le régime légal particulier en vertu duquel la convention a été conclue en l'espèce.

La *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, prévoit aussi que le tribunal peut annuler une stipulation alimentaire dans le cas d'une convention où le créancier alimentaire est admissible aux prestations sociales prélevées à même les deniers publics; voir l'al. 18(4)b), maintenant remplacé par l'al. 33(4)b) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, précitée. Cette disposition souligne l'aspect public du mariage et reconnaît en particulier que le rôle joué par l'un des partenaires dans le mariage peut éventuellement lui nuire sur le marché du travail et que les deux partenaires devraient, dans une certaine mesure, assumer la responsabilité du choix des rôles qu'ils ont joués au cours du mariage. Autrement, les partenaires pourraient arranger leurs affaires au moment de la rupture du mariage sans aucun égard pour l'intérêt public; voir l'arrêt *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A.)

Je vais maintenant examiner brièvement les faits de la présente affaire en fonction des considérations qui précèdent. Les Richardsons se sont mariés en 1967, tous les deux pour la première fois. Il avait alors 23 ans et elle 27. Ils ont divorcé seize ans plus tard, en 1983; il avait alors 40 ans et elle 43. Ils ont eu deux enfants. Au moment du

dren and he of the other. The judge accorded her \$500 monthly as maintenance for herself and \$300 for the child. Mr. Richardson had been a police officer since 1964 and is now a sergeant with the Ottawa Police Force with an annual income at the time of the divorce of approximately \$40,000. At the time of the marriage, Mrs. Richardson was employed as a clerk-typist with the National Research Council and continued to work there until the birth of their second child in 1974. During the remainder of the marriage, she did not work outside the home, except for negligible periods of one month in 1974 and three months in 1976. The parties separated in 1979. The husband then went to reside with the co-respondent in the divorce action, Mrs. Richardson remaining in the matrimonial home until 1980. In 1980, the parties commenced proceedings under the *Family Law Reform Act, supra*, and it was under the aegis of these proceedings that the separation agreement was made. Under the agreement, Mr. Richardson retained the equity in the marital home (valued at roughly \$21,000 at the time of the divorce), he and Mrs. Richardson equally assumed a debt of \$20,000 owed to Mrs. Richardson's parents, and he assumed other marital debts amounting to some \$9,500. Thus he was left with net assets which were not very large but included the equity in the family home, while she was left with a debt of \$10,000. She was, however, to be paid maintenance of \$175 per month for herself for the period of one year and \$300 per month in respect of the child of whom she had custody. While these proceedings were going on, Mrs. Richardson moved to North Bay to live with her parents because of financial difficulties. At the time of the divorce, Mrs. Richardson had not yet been able to obtain employment.

During the years she stayed home with the children, her skills would, in my view, not only have atrophied; she would not have been able to gain the new skills that are so necessary today in her field as well as in others. To use the words of Judge Rosalie S. Abella, "The years when the

divorce, elle a obtenu la garde de l'un des enfants et lui la garde de l'autre. Le juge a accordé une pension alimentaire mensuelle de 500 \$ à l'épouse et de 300 \$ à l'enfant. Monsieur Richardson, agent de police depuis 1964 et aujourd'hui sergent au service de la police d'Ottawa, avait un revenu annuel au moment du divorce d'environ 40 000 \$. Au moment du mariage, M^{me} Richardson travaillait, à titre de commis-dactylographe, au Conseil national de recherches, et elle a conservé cet emploi jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974. Pendant le reste du mariage, elle n'a plus travaillé à l'extérieur du foyer, si ce n'est pour des périodes négligeables d'un mois en 1974 et de trois mois en 1976. Les parties se sont séparées en 1979. Le mari est alors allé vivre avec la coïntimée à l'action en divorce, M^{me} Richardson continuant d'habiter la résidence familiale jusqu'en 1980. En 1980, les parties engageaient des procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, et c'est dans le cadre de ces procédures que la convention de séparation a été conclue. En vertu de la convention, M. Richardson a conservé la valeur nette de la résidence familiale (environ 21 000 \$ au moment du divorce), lui et M^{me} Richardson assumant pour une part égale une dette de 20 000 \$ envers les parents de M^{me} Richardson; il a assumé aussi certaines autres dettes du ménage, s'élevant à quelque 9 500 \$. Ainsi, il lui restait un actif net qui, tout en étant modeste, incluait la valeur nette de la résidence familiale, alors qu'elle se retrouvait obligée d'assumer une dette de 10 000 \$. Elle devenait néanmoins créancière d'une pension alimentaire mensuelle de 175 \$ pour elle-même, pendant un an, et de 300 \$ par mois, d'une durée illimitée, pour l'enfant dont elle avait la garde. Au cours de ces procédures, M^{me} Richardson a déménagé à North Bay pour aller vivre avec ses parents en raison de problèmes financiers. Au moment du divorce, M^{me} Richardson n'avait toujours pas trouvé d'emploi.

Durant les années où elle est restée au foyer à élever ses enfants, non seulement ses compétences professionnelles ont dû, à mon avis, diminuer, mais elle n'a pu acquérir les nouvelles compétences aujourd'hui requises dans son domaine comme dans bien d'autres. Pour reprendre les termes du juge

husband was increasing his educational and career prospects, were years which increasingly diminished the wife's prospects in the labour force"; see "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" in Family Law and Social Policy Workshop Series (Faculty of Law of the University of Toronto, January 14, 1982), at p. 19 [published (1981), 4 *F.L.R.* 1]; cited with approval by L'Heureux-Dubé J.A. in *Droit de la famille—193*, *supra*, p. 256. Nor must one overlook that Mrs. Richardson is now in her mid-forties and must find time and energy to care for a child, factors that are by no means negligible in assessing her competitive position as against younger people with recent training. Her present situation thus flows directly from the marriage. All of the above matters taken together are surely sufficient to justify the trial judge's decision in the exercise of his discretion that it would be fit and just to order an award of maintenance for Mrs. Richardson in the amount of \$500 per month having regard to her former husband's current situation. This order can be varied either way later, as the need arises, under s. 11(2) of the *Divorce Act*.

But what of the agreement? While, as I stated earlier, such agreements must be given appropriate weight, a situation that is not fit and just will not be made so because an agreement has been made. That would amount to repudiating *Hyman v. Hyman*, *supra*, which, it is common ground, remains the law. The trial judge, weighing the relevant factors, has determined that it would not be fit and just to permit the parties' relationship to continue to be governed by a provision of the separation agreement under which a destitute and indebted spouse was to receive support at the rate of \$175 for one year only, a period that had expired when the divorce decree was issued. No sufficient reason has been advanced to disturb the trial judge's decision and, in my view, the Court of Appeal should not have done so.

Rosalie S. Abella, [TRADUCTION] «Pendant ces années, alors que le mari augmentait ses perspectives sur les plans éducatif et professionnel, la femme, de son côté, a vu diminuer de plus en plus ses possibilités sur le marché du travail»; voir «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» dans Family Law and Social Policy Workshop Series (Faculté de droit de l'Université de Toronto, 14 janvier 1982), à la p. 19 [publié (1981), 4 *F.L.R.* 1]; cité avec approbation par le juge L'Heureux-Dubé dans *Droit de la famille—193*, précité, à la p. 256. Nous devons aussi nous rappeler que M^{me} Richardson arrive maintenant au milieu de la quarantaine et qu'elle doit trouver le temps et l'énergie nécessaires pour prendre soin d'un enfant, des facteurs qui ne sont nullement négligeables dans l'évaluation de sa situation de concurrence avec les jeunes de formation récente. Sa situation actuelle découle donc directement du mariage. Tous ces faits pris ensemble suffisent certainement à justifier la décision du juge de première instance, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il était juste et approprié d'ordonner de verser à titre d'aliments à M^{me} Richardson 500 \$ par mois, compte tenu de la situation actuelle de son ancien mari. Cette ordonnance peut être modifiée au besoin dans un sens ou dans l'autre en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*.

Mais qu'en est-il de la convention? Certes, comme je l'ai dit précédemment, on doit accorder à ces conventions le poids qu'elles méritent; une situation qui n'est ni juste ni appropriée ne le deviendra pas parce qu'une convention a été conclue. Cela équivaudrait à répudier l'arrêt *Hyman v. Hyman*, précité, qui, tous le reconnaissent, s'applique toujours. Le juge de première instance, après avoir soupesé les facteurs pertinents, a décidé ici qu'il ne serait ni juste ni approprié d'autoriser que les rapports entre les parties continuent d'être régis par une stipulation de la convention de séparation en vertu de laquelle une épouse déchue et endettée n'a droit qu'à une pension alimentaire de 175 \$ par mois, pour une période d'un an uniquement qui était déjà expirée lorsque le jugement de divorce a été prononcé. Aucune raison suffisante n'a été donnée pour modifier la décision du juge de première instance et, à mon avis, la Cour d'appel n'aurait pas dû le faire.

I should perhaps repeat here that a separation agreement made pursuant to a provincial family relations Act while the marriage subsists is substantially different from one approved by a divorce court. A divorce is meant to be final. By contrast, s. 18(4) of the *Family Law Reform Act*, under which the agreement in this case was made, expressly provided for variation, both where the provision for support "results in circumstances that are unconscionable", and where the person supported "qualifies for an allowance for support out of public money". Had an application been made for a variation under the *Family Law Reform Act*, or its successor, the *Family Law Act, 1986*, before the divorce, I see no reason why it could not have been varied. Under all these circumstances, I cannot see how the trial judge can be faulted, in the exercise of his discretion to do what is fit and just under s. 11(1) of the *Divorce Act*, for ordering the payment of compensation to Mrs. Richardson in the amount already mentioned.

Another matter requires mention. Counsel for the appellant asserts that it was the common expectation of the parties that Mrs. Richardson would be able to find work within the one-year period for which support was provided. He relies on such cases as *Van Doorn v. Van Doorn, supra*; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (Ont. H.C.) and *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.) While the evidence is sparse on the matter, there is, as the Court of Appeal notes, some suggestion in the evidence of the husband that this was so. That would, in any event, seem to be a reasonable inference. The trial judge observed that judging from the low support allowance her husband conceded her at the conclusion of the Ottawa proceedings, she would not have been able to maintain herself and her son in Ottawa for any period of time. Indeed counsel for Mr. Richardson does not contest the nature of the expectations of the parties at the time. Not only does he agree with Mrs. Richardson's counsel's assertion in his statement of fact that "It was the evidence of both parties that their expectation was

Je devrais peut-être redire ici qu'une convention de séparation conclue, conformément à une loi provinciale sur les relations familiales, pendant que le mariage subsiste, diffère sensiblement de celles qu'approuve un tribunal de divorce. Le divorce se veut définitif. Par contre, le par. 18(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, sous le régime duquel la convention a été conclue en l'espèce, prévoit expressément qu'elle peut être modifiée à la fois quand la stipulation alimentaire «conduirai[t] à un résultat oppressif» et quand le créancier alimentaire «peut se prévaloir d'une prestation alimentaire prélevée sur les deniers publics». Si une demande de modification fondée sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, ou sur la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* qui lui a succédé, avait été faite avant le divorce, je ne vois pas pourquoi elle n'aurait pas pu être modifiée. Compte tenu de toutes ces circonstances, je ne puis voir comment on pourrait reprocher au juge de première instance, qui a exercé son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, d'avoir ordonné d'indemniser M^{me} Richardson pour le montant d'argent déjà mentionné.

Un autre élément mérite d'être mentionné. L'avocat de l'appelante soutient que les parties s'attendaient toutes les deux à ce que M^{me} Richardson puisse trouver du travail au cours du délai d'un an pendant lequel le paiement de la pension serait fait. Il s'appuie sur certains jugements, tels *Van Doorn v. Van Doorn*, précité, *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (H.C. Ont.), et *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.) Il est vrai que les éléments de preuve à ce sujet sont rares mais, comme le souligne la Cour d'appel, le témoignage du mari laisse entendre qu'il en était effectivement ainsi. De toute manière, une telle déduction semblerait raisonnable. Le juge de première instance a fait observer qu'à en juger par le peu de générosité du mari dans la pension concédée au terme de l'instance d'Ottawa, la femme n'aurait pu subvenir à ses besoins ni à ceux de son fils à Ottawa pendant quelque période que ce soit. En fait, l'avocat de M. Richardson ne conteste pas la nature des attentes des parties à l'époque. Non seulement est-il d'accord avec l'affirmation de l'avocat de

that the wife would seek and obtain employment within the one-year period”, he states in his own factum that “It was his [Mr. Richardson’s] understanding that the spousal support was restricted to a one-year period because the wife was to seek and obtain employment.” At all events, are we to assume that Mrs. Richardson would have entered into an improvident transaction that would have placed her in a position where she would, within a matter of months, necessarily become dependent on public assistance? Under these circumstances, I do not think it can be said that the trial judge incorrectly exercised his discretion to do what he thought was fit and just by ordering maintenance. Apart altogether from the harshness of the result for Mrs. Richardson, I do not think this is a situation where the public interest can be ignored; see *Fabian v. Fabian, supra, per* Lacourcière J.A., at p. 316. This is not a case where there has been an attempt to use Chouinard J.’s expression in *Messier v. Delage, supra*, at pp. 416-17, for one spouse “to luxuriate in idleness at the expense of the other” indefinitely. As I noted, Mrs. Richardson’s lack of employment flows directly from the role she played in the marriage. I agree with the trial judge that in the event that she obtains gainful employment the order can be varied.

A final point requires determination. The trial judge added an escalator clause to provide for changes caused by inflation and the financial circumstances of Mr. Richardson based on his changing yearly income as revealed in his income tax T4 slip. Since the Court of Appeal held that Mrs. Richardson was not entitled to maintenance, this clause became academic as to that part of the trial judge’s order. It also found, however, that it was “inappropriate” as regards the child’s allowance.

The first issue to be determined is whether under s. 11(1) a court has the power to include an

M^{me} Richardson dans son exposé des faits, savoir: [TRADUCTION] D’après les témoignages des deux parties, ils s’attendaient à ce que l’épouse cherche et trouve un emploi au cours de cette période d’un an»; mais encore, il déclare dans son propre mémoire: [TRADUCTION] «Il [M. Richardson] avait compris que la pension versée à la conjointe était limitée à une période d’un an parce que l’épouse devait chercher et trouver un emploi.» Quoi qu’il en soit, devons-nous présumer que M^{me} Richardson aurait conclu une convention qui ne tenait aucun compte de l’avenir et qui l’aurait placée dans une situation où, en quelques mois, elle serait forcée de s’en remettre à l’assistance publique? Dans les circonstances, je ne pense pas qu’on puisse dire que le juge de première instance a exercé incorrectement son pouvoir discrétionnaire de faire ce qu’il estimait juste et approprié en ordonnant le paiement d’aliments. Mise à part la sévérité du résultat pour M^{me} Richardson, je ne pense pas que ce soit là un cas où l’on puisse ignorer l’intérêt public; voir l’arrêt *Fabian v. Fabian*, précité, le juge Lacourcière, à la p. 316. Il ne s’agit pas d’un cas où il y a eu tentative, pour reprendre les termes du juge Chouinard dans l’arrêt *Messier c. Delage*, précité, aux pp. 416 et 417, de l’un des conjoints de «se complaire dans l’indolence aux dépens de l’autre» indéfiniment. Comme je l’ai souligné, le fait que M^{me} Richardson soit sans emploi découle directement du rôle qu’elle a assumé au cours du mariage. Je partage l’opinion du juge de première instance que, si elle trouve quelque emploi rémunérateur, l’ordonnance pourra être modifiée.

Il reste un dernier point à décider. Le juge de première instance a ajouté une clause d’indexation, en vue de répondre aux changements qui pourraient survenir par suite de l’inflation et de la situation financière de M. Richardson, basée sur les fluctuations de son revenu annuel qui ressortent de son reçu T4 de l’impôt sur le revenu. La Cour d’appel ayant jugé que M^{me} Richardson n’avait pas droit à des aliments, cette clause a perdu tout intérêt pratique en ce qui concerne cette partie de l’ordonnance du juge de première instance. Elle a aussi été jugée «inappropriée» dans le cas de la pension de l’enfant.

Il faut d’abord établir si, en vertu du par. 11(1), le tribunal a le pouvoir d’inclure une clause d’in-

escalator clause in a maintenance order. The only case I have found that expresses the view that no such power exists is *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71 (N.S.S.C.T.D.), at p. 77. In Nathanson J.'s view in that case, this was inconsistent with the fact that such an order must be based on need. In *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261, at p. 263, it is true, Brooke J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, stated that generally an order for maintenance must be varied by a further court order, but he left the door open, simply holding that in the circumstances of the case an escalator clause was not appropriate. It may also be argued, I suppose, that an increasing amount is not a "periodic payment" within the meaning of s. 11 of the *Divorce Act* and that the proper method of varying a maintenance order is provided by s. 11(2).

A number of courts, however, have held that an escalator clause is permissible. In *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234 (B.C.C.A.), at pp. 235-36, Hinkson J.A. stated that such a clause is appropriate in proper circumstances; this was also the view taken in the following decisions, *Moosa v. Moosa*, Ont. Prov. Ct. (Family Division) Judge Abella, June 17, 1981, unreported; *Laflamme v. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223 (Ont. C.A.) In some cases, such clauses have been expressed in terms of the Consumer Price Index, while in others, they have been keyed to the supporting spouse's actual wage or salary.

I agree with these courts. Inflation is a perennial problem in making compensation awards. I do not think that an attempt to give a constant value to an award goes beyond the meaning of periodic payment or amounts to a variation. The idea has generally been welcomed by commentators; see the following articles in *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.): Julien D. Payne, "Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown", p. 27, at p. 30; Gail C. A. Cook,

dexation dans une ordonnance alimentaire. La seule affaire que j'aie trouvée où l'on dit que ce pouvoir n'existe pas est l'affaire *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71 (C.S.N.-É.D.P.I.), à la p. 77. D'après l'opinion du juge Nathanson dans cette affaire, cela était incompatible avec le fait qu'une telle ordonnance doit être fondée sur l'existence d'un besoin. Dans l'arrêt *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261, à la p. 263, il est vrai que le juge Brooke, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit qu'en général une ordonnance alimentaire ne peut être modifiée que par une autre ordonnance judiciaire, mais il laisse la porte ouverte en jugeant simplement que, dans les circonstances de l'affaire, une clause d'indexation était inappropriée. On peut aussi soutenir, je suppose, qu'un montant croissant d'argent n'est pas un «paiement échelonné» au sens de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et que la façon appropriée de modifier une ordonnance alimentaire est prévue au par. 11(2).

Cependant, un certain nombre de tribunaux ont jugé qu'une clause d'indexation est acceptable. Dans l'arrêt *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234 (C.A.C.-B.), aux pp. 235 et 236, le juge Hinkson a déclaré qu'une telle clause est appropriée quand les circonstances la justifient; c'est aussi l'opinion adoptée dans les décisions suivantes: *Moosa v. Moosa*, C. prov. Ont. (Division de la famille), le juge Abella, le 17 juin 1981, non publiée; *Laflamme c. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223 (C.A. Ont.) Parfois, ces clauses sont fonction de l'indice des prix à la consommation, alors que, dans d'autres cas, elles sont liées à la rémunération ou au salaire réel du conjoint débiteur alimentaire.

Je partage l'opinion de ces tribunaux. L'inflation constitue toujours un problème quand il s'agit d'accorder une indemnité. Je ne pense pas qu'une tentative de conférer une valeur constante à une indemnité outrepassse le sens des paiements échelonnés ou équivaile à une modification. Les glosateurs ont en général bien accueilli l'idée: voir les articles suivants dans *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.): Julien D. Payne, «Approaches to Economic Consequences of Marriage

“Economic Issues in Marriage Breakdown”, p. 19, at p. 20; and Thomas R. Berger, “Forms of Support Orders Under the Divorce Act”, p. 69, at p. 75.

Escalator clauses can, no doubt, give rise to difficulties. For example, in a case like the present, Mr. Richardson may get an increase in salary from a promotion owing to his performance rather than from a regular advance to meet the cost of living. I do not believe Mrs. Richardson should be entitled to the benefits of her former husband’s promotions of this kind. These have nothing to do with the marriage. However, any necessary adjustments can be made by way of a variation. As Gail Cook has observed, *supra*, any distortions that may arise from escalator clauses are far less than the current practice of no indexation. Escalator clauses also have the desirable side effect of cutting down the number of variation orders that must be made to adjust maintenance orders on account of inflation.

While there may be circumstances where a court of appeal may set aside an escalator clause as being inappropriate, generally I tend to view this as an aspect of the trial judge’s discretionary power. Here no compelling reasons have been presented for interfering with the trial judge’s order in this regard, and I do not, therefore, think it should be disturbed.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judge’s order.

Appeal dismissed, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bastedo, Cooper & Shostack, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lalonde & Eisen, Toronto.

Breakdown», p. 27, à la p. 30; Gail C. A. Cook, «Economic Issues in Marriage Breakdown», p. 19, à la p. 20; et Thomas R. Berger, «Forms of Support Orders Under the Divorce Act», p. 69, à la p. 75.

Les clauses d’indexation peuvent sans aucun doute soulever des difficultés. Par exemple, dans un cas comme l’espèce, il se peut que M. Richardson obtienne une augmentation de salaire à la suite d’une promotion accordée en fonction de son rendement, plutôt que l’augmentation habituelle compensant la hausse du coût de la vie. Je ne crois pas que M^{me} Richardson soit en droit de profiter d’une semblable promotion de son ancien mari. Cela n’a rien à voir avec le mariage. Cependant, tout ajustement nécessaire peut être fait par voie de modification. Comme Gail Cook, précitée, le fait remarquer, les distortions qui peuvent résulter des clauses d’indexation sont, de loin, moindres que celles dues à la pratique actuelle de l’absence d’indexation. Les clauses d’indexation ont aussi pour effet secondaire souhaitable de réduire le nombre d’ordonnances de modification qui doivent être faites pour ajuster les ordonnances alimentaires en fonction de l’inflation.

S’il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une cour d’appel peut annuler une clause d’indexation pour le motif qu’elle est inappropriée, de manière générale j’ai tendance à percevoir cela comme un aspect du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. En l’espèce, on ne nous a soumis aucun motif convaincant de modifier l’ordonnance du juge de première instance à cet égard, aussi je ne pense pas qu’elle doive être modifiée.

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance.

Pourvoi rejeté, le juge LA FOREST est dissident.

Procureurs de l’appelante: Bastedo, Cooper & Shostack, Toronto.

Procureurs de l’intimé: Lalonde & Eisen, Toronto.